530
491

0014029000

0014029-000

５３０－４９イ

債権法総論

岡村玄治・著

巌松堂書店

訂６版
昭和７

ACE

法學士 岡村玄治著

改訂 債權法總論

東京 巖松堂書店 發兌

530-491

初版はしがき

子曰。學而不思則罔。思而不學則殆。是れ實に千古の名言である。吾人が法律を研究するに付ても亦最もよく服膺すべきことである。見聞を廣むるは卽ち學ぶのであり、考ふるは卽ち思ふのである。然るに好んで學ぶ者は多いが好んで思ふ者は少く、思うてよく正鵠を得る者は更に少い。惟ふに一般に斯る傾向ある は學ぶは易く、思ふは難きが爲めであらう。私一己の經驗から觀ても一時間の深思熟考は一時間の讀書に比し其疲勞が數倍する。難きを避けて易きに就くは一般の人情ではあるが、右の傾向に安んずれば孔子の所謂「學而不思則罔」の弊に陷り、法律の研究もやがて行詰らざるを得ないのである。法律上の問題に付き一の見解を揭げて、此見解は根據なきに非ず某國の某氏斯く言へば也と云ふが如き、若くは一の問題に逢著し先づ自己の思索に因りて一應の解決を試みんとするこ ともなく、直ちに泰西の書物を繙き、之に關する一の學說を發見するときは其當否を考ふることもなく、直ちに之に據りて其問題を決せんとするが如きは正に右の

弊に陷つたものであらう。由來某國の某氏又は泰西の著者が如何に其道の大家なればとて、其所說其ものが決して吾人の採るべき見解の根據となるものではない。根據となるは唯基本的事物の誤なき認識と正確なる論理とであり、窮極の根據は客觀的實在の事物其ものである。而して一種又は數種若くは各種の事物に共通の眞理を求むることが卽ち學問の目的である。博く他人の所說を聽き、多く良書を精讀するは、何れも皆、眞理を求むる所の手段たり得るが、決して其總てゞはなく、常に基本的事物の誤なき認識に基き、各人固有の理性に因り、客觀的實在の事物を直觀し判斷すると云ふことが最も肝要なのである。而して多くの良書を熟讀玩味するは、よく理性を磨き判斷力を養ふ所以でもあるから、其事も亦大に力めねばならぬが、良書は必ずしも常に存在せず、存在するも手にし難きことあり、殊に前人未發の眞理に付ては未だ良書のあるべき筈もないから、吾人は良書に賴らずとも、基本的事物の誤なき認識に基き、各人固有の理性に因り、客觀的實在の事物を直觀し判斷して、よく眞理を把握し得る所の實力を養はねばならぬ。而して且つ學び且つ思ふと云ふことは卽ち右の實力を養ふ所以である。

以上は學問、殊に法律の研究に對して私が常に持つて居たいと思ふ態度である。顧みて本書を見るに、學ぶこと甚だ足らず、思ふこと亦淺くして、唯自己の愚を露はすの具たるに過ぎぬかも知れぬが、私は之に因りて大方の敎を仰ぎ、且つ自己を鞭撻し得るものと思ひ、敢て本書を公けにするのである。其內容には通說に反する見解も少くない。通說に反するは敢て私の好む所ではないが、現代の法律思想は甚だしく行詰つた所があり、隨て通說には大に謬れりと思ふ見解も多々あるので、斯る見解に對して私が微力を顧みず、極力反對するのも實に已むを得ない次第である。讀者諸賢若し私の態度に同情し、本書を熟讀して垂敎の勞を吝しみ給ふことなくば洵に幸ひである。

大正十三年六月

東京小石川の寓居に於て

著者

債權法總論目次

序　論……一

第一章　債權ノ成立……二

第二章　債權ノ本質……二

四　債權ノ定義　四a　債權ト請求權ノ不可侵性　六　債權ノ排他性　七　債權ト物權ノ差異　四b　債務ト責任　四　自然債務　五　債權

第三章　債權ノ目的……八

第一節　總　論……八

八　債權ノ目的ニ關スル要件　八a　給付ノ確定　九　金錢ヲ對價トスルヲ得サル給付　一〇　給付ノ種類

第二節　特定給付ノ債權……一一

一一　特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權　一一a　債務者ノ保管義務　一二　特定物ノ引渡以外ノ特定給付ノ債權

第三節　不特定給付ノ債權……一四

一三　不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權　一三a　制限種類債權（混合種類債權）　一三b　種類債權ノ特定（集中）　一三c　種類債權特定後ニ於ケル變更權　一三d　種類債權特定ノ效果　一四　物ノ給付ヲ目的トセル不特定給付ノ債權

第四節　金錢債權……二一

一五　金錢債權ノ意義　一六　內國貨幣金錢債權　一七　外國貨幣金錢債權　一八　內外國貨幣金錢債權

第五節　利息債權……二四

一九　利息債權ノ意義　二〇　利息ハ法定果實ナリヤ　二一　利息債權發生ノ原因　二二　利息制限法　二三　重利　二三a　約定重利　二三b　法定重利

第六節　選擇債權……三一

二四　選擇債權ノ意義　二四a　種類債權ト選擇債權トノ差異　二五　選擇債權ノ特定

第七節　任意債權……四二

第八節　損害賠償債權……四三

二六　總說　二七　損害賠償債權成立ノ要件　二八　債務不履行ニ因ル損害賠償ノ範圍　二八a　損害賠償ノ範圍ニ關スル特則　二九　損害賠償額ノ豫定　二九a　過失相殺　二九b　金錢債權ニ關スル特則　二九c　金錢債務ノ不履行ニ因ル遲延利息以外ノ損害賠償　三〇　賠償ニ因ル代位　三一　賠償ニ因リ代位シ得ル場合ニ於ケル賠償請求權ノ範圍　三一a　損益相殺　三一b　損益相殺

第四章　債權ノ效力……六九

第一節　債務ノ履行……六九

三二　履行ノ意義　三三　履行ノ態樣　三四　履行期　三五　履行ノ場所　三六　債務者カ任意ニ履行セサル場合ノ債權ノ效力

第二節　債務ノ不履行……八一

三七　債務不履行ノ意義　三七a　債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ノ意義　三八　履行遲滯　三八a　履行遲滯ノ要件　三八b　履行遲滯ノ效果　三八c　所謂塡補賠償ノ問題　三八d　履行不能　三九　履行不能ノ效果　三九a　履行不能ノ效果　四〇　不完全履行　四〇a　債務ノ不法ナル否認

第三節　債權者ノ履行受領……一〇二

四一 債權者ニ履行受領ノ義務ナキヤ　四二 債權者ノ遲滯　四二a 債權者遲滯ノ效果
四二b 受領遲滯ノ終了

第五章 債權ノ第三者ニ對スル效力 ……一〇六

第一節 總說 ……一〇六
四三 債權ノ第三者ニ對スル效力

第二節 債權者代位權 ……一〇七
四四 性質　四五 代位權行使ノ範圍　四六 代位權行使ノ要件及ヒ效力　四七 代位ノ物體　四八 效果

第三節 債權者取消權 ……一一九
四九 概念　五〇 性質　五一 要件　五二 轉得者ノ惡意　五三 善意惡意ノ立證責任　五四 取消權ノ主體　五五 取消權行使ノ方法　五六 取消權行使ノ效果　五七 取消權ノ消滅

第六章 債權ノ箇數ト同一性 ……一四二

第七章 多數當事者ノ債權 ……一四五

第一節 總說 ……一四五

第二節 分割債權關係 ……一四六

第三節 不可分債權關係 ……一四八
六一a 不可分債權　六一b 不可分債務　六一c 不可分ノ消滅

第四節 連帶債務 ……一五七
六二 連帶債務ノ性質　六三 連帶關係成立ノ原因　六四 債權者ニ對スル連帶債務ノ效力　六五 連帶債務者間ノ求償權　六六 連帶ノ免除　六七 連帶債權

第五節 保證債務 ……一九二
六八 總說　六九 保證債務ノ概念、性質　七〇 保證關係ノ成立　七一 保證債務ノ內容　七二 對外關係ニ於ケル保證債務ノ效力　七三 對內關係ニ於ケル保證債務ノ效力　七四 保證關係ノ消滅

第八章 債權ノ讓渡 ……二三九

第一節 債權讓渡ノ意義 ……二三九

第二節　債權ノ讓渡性……二四二
第三節　債權讓渡契約ノ效力……二四五
第四節　債權讓渡ノ對抗要件……二四七
第一款　對抗要件ノ意義……二四八
第二款　指名債權讓渡ノ對抗要件……二五七
八〇　通知前ニ生シタル事項ノ效力　八一　承諾ノ效力　八二　債權ノ讓渡ト擔保權ノ移轉
八三　債權讓渡契約解除ニ因ル債權復歸ノ對抗要件
第三款　指圖債權讓渡ノ對抗要件……二七〇
八四　指圖債權ノ意義、性質　八五　對抗要件　八六　指圖債權讓渡ノ效果
第四款　無記名債權讓渡ノ對抗要件……二七五
第五款　記名式所持人拂債權讓渡ノ對抗要件……二七六
第九章　債務ノ引受……二七八
第一節　債務ノ引受ヲ認メ得ルコト……二七八

第二節　債務引受ノ成立要件……二八〇
第三節　債務引受　效力……二八一
第十章　債權ノ消滅……二八二
第一節　總　說……二八二
第二節　辨　濟……二八三
第一款　辨濟ノ本質……二八三
第二款　辨濟者……二八八
第三款　辨濟受領者……二八九
九六　債權ノ準占有者
第四款　辨濟ノ目的物……二九六
第五款　辨濟ノ費用……二九九
第六款　辨濟者ノ權利……三〇〇
第七款　辨濟ノ充當……三〇二

第八款　辨濟ノ提供……三〇六
第九款　代位辨濟……三一〇
一〇二　代位辨濟ノ意義　一〇三　法律上ノ代位　一〇四　承諾ニ因ル代位　一〇五　代位辨濟ノ場合ニ債權ノ移轉アリヤ　一〇六　代位ノ制限　一〇七　一部ノ代位辨濟　一〇八　債權者ニ對スル代位者ノ權利　一〇九　擔保ノ喪失又ハ減少ノ效果
第三節　代物辨濟……三一一
第四節　供託……三一五
第五節　相殺……三三〇
一一三　概念　一一三　相殺ノ要件　一一四　相殺ノ方法　一一五　相殺ノ效力
第六節　更改……三四〇
第一款　更改ノ意義、要件……三四〇
一一七　更改ニ因ル新債務不成立又ハ取消ノ場合
第二款　更改ノ種類……三四五
一一九　債權者ノ交替ニ因ル更改　一二〇　債務者ノ交替ニ因ル更改　一二一　當事者ノ交替ヲ要セサル更改　一二二　更改ノ擬制
第三款　更改ノ效力……三五一
第七節　免除……三五二
第八節　混同……三五四

——（目次了）——

略語解

第一　法文

民……民　法　　商……商　法　　民訴……民事訴訟法
非……非訟事件手續法　　舊民……舊民法　　登……不動產登記法
破……破產法　　和……和議法　　戶……戶籍法
供……供託法　　獨民……獨逸民法　　佛民……フランス民法
瑞債……瑞西債務法

條項ハ何レモ日本數字、號ハ洋數字ニテ表ハス。例ヘハ民四〇一、一ハ民法第四〇一條第一項、民四五〇、一、二ハ民法第四五〇條第一項第二號ナルカ如シ。

第二　判例

大判……大審院判決　　大民聯……大審院民事聯合部判決　　大決……大審院決定
東控判……東京控訴院判決　　東地判……東京地方裁判所判決　　民錄……當該年度ノ大審院民事判決錄
民集……當該年度ノ大審院民事判例集　　刑錄……當該年度ノ大審院刑事判決錄　　明……明　治
正……大　正　　昭……昭　和

年月日ハ元ヲ以テ元年ヲ表ハス外何レモ日本數字ヲ以テ示ス。例ヘハ正一〇、五、九ハ大正十年五月九日ナルカ如シ。

略語解

第三　著書及ヒ雜誌

吾孫子氏……吾孫子勝氏著　債權法要論
鳩山氏各論……同氏著　增訂日本債權法各論
磯谷氏……磯谷幸次郎氏著　債權法論總論上卷
岩田氏……岩田新氏著　債權法概論（昭和四年版）
川名氏……川名兼四郎氏著　債權法要論
中島氏……中島玉吉氏著　民法釋義卷之三　債權總論上（六版）
岡松氏無過失……岡松參太郎氏著　無過失損害賠償責任論
末弘氏各論……末弘嚴太郎氏著　債權各論
鳥賀陽氏……鳥賀陽然眞氏著　債權總論綱要（上册）
遊佐氏……遊佐慶夫氏著　民法原理
揖著各論……揖著　債權法各論
法協……法學協會雜誌
京法……京都法學會雜誌
新誌……日本法政新誌

鳩山氏……鳩山秀夫氏著　增訂改版日本債權法（總論）
石坂氏……石坂音四郎氏著　日本民法債權總論
磯谷氏下卷……同下卷
勝本氏……勝本正晃氏著　債權總論上卷
嘉山氏……嘉山幹一氏著　債權總論（大正十四年版）
沼氏……沼義雄氏著　債權法要論
大谷氏……大谷美隆氏著　債權總論
富井氏……富井政章氏著　民法原論第三卷　債權總論上
椹氏……椹謙次郎氏著　民法要義卷之三　債權編
橫田氏……橫田秀雄氏著　債權總論

法曹……法曹記事
論叢……法學論叢
志林……法學志林

評論……法律評論
新報……法學新報

債權法總論

法學士　岡村玄治著

序論

一　物權ハ物ヲ目的トシ債權ハ他人ノ行爲ヲ目的トス。物ハ有體ニシテ之ヲ所持スルヲ得。他人ノ行爲ハ無體ニシテ之ヲ所持スルヲ得ス。故ニ物ノ支配ト云フ觀念ハ早ク發達シ他人ノ行爲ヲ受クト云フ觀念ハ晩ク發達シタリ。隨テ物ノ支配ヲ規律スル物權法ハ成法（positives Recht）トシテ比較的早ク發達シ他人ノ行爲ヲ受クル關係ヲ規律スル債權法ハ成法トシテ是ヨリ後レ比較的文化ノ進ミタル後ニ於テ發達シタリ。然レトモ物ハ有體固定的ニシテ變化少ナキニ反シ人ノ行爲ハ無體ニシテ變化極メテ多シ。故ニ物ノ支配ヲ規律スル物權法ハ其範圍狹ク之ヲ適用スヘキ場合ノ種類少ナキニ反シ他人ノ行爲ヲ受クル關係ヲ規律スル債權法ハ其範圍極メテ廣ク之ヲ適用スヘキ場合ノ種類多シ。前者ハ靜的ニシテ後者ハ動的ナリト云フヲ得ヘシ。

二 債權法ノ規定ハ唯リ民法債權編ニ限ラス民法中他ノ各編ニモ之アリ。又商法、保險業法、取引所法、利息制限法、貯蓄銀行法其他ノ法律中ニモ之アリ。民法債權編總則ノ規定ハ卽チ債權法中ノ他ノ規定ニ對スル一般法タル地位ヲ有シ以下說明スル所ハ主トシテ此一般法ノミニ關ス。

第一章 債權ノ成立

三 債權（Forderung; droit de créance）ハ債權成立ノ原因タル事實ノ發生ニ因リテ成立ス。其事實ヲ債權ノ原因ト云フ。民法ハ其主ナルモノニ付キ一般的ノ規定ヲ設ケタリ。契約、事務管理、不當利得及ヒ不法行爲是也。就中重要ナルヲ契約トス。然レトモ債權ノ原因ハ此四種ニ限ラス單獨行爲其他ノ事實ニシテ債權成立ノ原因タルモノアリ。債權總則ノ規定ハ則チ此等ノ原因ニ因ル債權ニ付テモ亦其適用アリ。

第一節 債權ノ本質

四 債權トハ人カ特定ノ他人ヨリ特定ノ行爲ヲ受クル權利ニシテ特定ノ他人カ其特定ノ行爲ヲ爲スヘキ義務卽チ債務（Schuld; dette）ト相對ス。其權利者ヲ債權者（Gläubiger; créancier）ト云ヒ其義務者ヲ債務者（Schuldner; débiteur）ト云フ。而シテ債權債務相對スル關係ヲ債權關係又ハ債務關係（Schuldverhältnis; obligation）ト云フ。

債權ノ目的ハ卽チ債務者ノ行爲ニシテ給付（Leistung; prestation）也。債權ノ目的タル行爲ハ多ク積極的ノ行爲（爲作）ナルモ又消極的ノ行爲（爲不作）ナルコトアリ。

債權ノ定義右ノ如クナルカ故ニ例ヘハ貸主カ借主ヨリ貸金ノ返濟ヲ受クル權利カ債權ナルハ勿論、家屋ノ所有者カ不法占有者ヨリ該家屋ノ返還ヲ受クル權利ノ如キモ亦債權タルヲ失ハス。但此權利ハ不法占有ノ事實ニ因リ所有權ノ效力トシテ發生シ存續スルモノナルカ故ニ消滅時效ニ罹ルコトナク又單獨ニ讓渡スルヲ得サルモノトス。學者多ク債權ヲ左（四a）ノ如ク定義シナカラ例ヘハ所有物返還請求權ヲ債權ニ非ストナスカ如キハ一ノ矛盾也。蓋其返還請求權モ亦特定ノ人ニ對シテ特定ノ行爲ヲ要求スル權利ニ外ナラサレハ也。

四a 學者多ク債權ハ特定ノ人ニ對シテ特定ノ行爲ヲ要求スル權利也ト定義ス。此ニ要求ト云フハ請求ト同義也。惟フニ此定義ハ債權ノ本體ヲ逸ス。凡ソ債權ハ要求ニ因リテ滿足セス、特定ノ行爲ヲ受クルニ因リテ滿足ス。債權行使ノ最モ圓滿ナル狀態ハ債權者カ要求セサルモ債務者進ンテ其特定ノ行爲ヲ爲シ債權者之ヲ受クルニ在リ。債權者ハ債權カ旣ニ不圓滿ノ狀態ニ在ルトキ若ハ將ニ其狀態ニ入ラントスルトキ債務者ニ對シテ其特定ノ行爲ヲ要求シ得ルモノ也。故ニ其要

求スル權利卽チ請求權(Anspruch)ハ債權ノ本體ニ非スシテ債權カ旣ニ不圓滿ノ狀態ニ在ルニ因リ又ハ將ニ其狀態ニ入ラントスルニ因リ債權ノ效力トシテ間斷ナク發生スル權利也ト云ハサルヘカラス。而シテ所有者ノ有スルコトアル所謂物上請求權ノ如キモ亦右ノ請求權ニ屬ス。蓋所有物カ例ヘハ他人ノ不法占有ニ歸スルトキハ所有權ノ效力トシテ所有者カ其返還ヲ受クル債權ヲ生シ直ニ返還ナキトキハ卽チ其債權カ不圓滿ノ狀態ニ在ルモノニシテ是レニ因リ其債權ノ效力トシテ右ノ物上請求權タル返還請求權ヲ生スルモノナレハ也。

債權ト請求權トノ關係ハ前項說明ノ如クナルモ兩者ハ通常混同セラレ債權ヲ請求權ト云ヒ請求權ヲ債權ト稱スルコトアリ。余モ亦慣例ニ從ヒ其名稱ヲ混同スルコト少ナカラス。

四b 債務(Forderung)ト責任(Haftung)トハ異ナリ。然レトモ混同セラルルコト少ナカラス。責任トハ(イ)將來發生スルヤ否ヤ不確定ナル一定ノ事實ニ因リテ一定ノ債務ヲ負擔スルニ至ルヘキ地位又ハ(ロ)債權者ノ權利ノ行使ニ因ル不利益ヲ甘受スヘキ地位ヲ謂フ。例ヘハ會社ノ社員ハ會社財產ヲ以テ會社ノ債務ヲ完濟スル能ハスト云フ事實到來セル場合ニハ會社ノ債務ニ付キ連帶債務ヲ負擔スルモ其事實到來セサル間ハ之ヲ負擔スルコトナク唯斯ル債務ヲ負擔スルニ至ルコトアルヘキ地位ヲ有スルニ過キス(商六三)。故ニ其事實到來前ニ於ケル社員ノ有限責任、無限責任ト云フ場合ノ責任ハ(イ)ノ部類ニ屬ス。保證ノ場合ニ付テ云ヘハ主債務者ノ不履行狀態發生セサル間ニ於ケル保證人ノ地位ハ債務ニ非スシテ(イ)ノ責任也ト云フヲ相當トスヘキモ通常此場合ニハ之ヲ債務ト云ヒテ債務ト責任トヲ混同ス(尙民七一九、一。七二〇、一等參照)。普通ノ場合ニ於ケル債務者ノ責任ハ卽チ(ロ)ノ部類ニ屬シ債務者ハ其全財產ヲ以テ債務辨濟ノ責ニ任スルヲ原則トス(無限責任ナリ)。然レトモ例外アリ。例ヘハ第一〇二五條以下ノ規定ニ依リ限定承認ヲ爲シタル相續人ハ相續ニ因リテ得タル積極財產ノ限度ニ於テノミ相續債務辨濟ノ責ニ任スルカ故ニ此場合ノ責任ハ有限ニシテ、例ヘハ右積極財產一萬圓相續債務二萬圓ナルトキハ債務額ハ二萬圓ナレトモ責任額ハ一萬圓也。又其積極財產絕無ナルトキハ責任モ亦絕無ニシテ債務ノミ唯リ殘存ス(尙商五四四條ニ依ル委付ノ場合參照)。

四c 自然債務(obligatio naturalis; natürliche Verbindlichkeit; obligation naturelle.)ハローマ法以來諸國ノ法律ニ認ムル所ニシテ(佛民一二三五ハ明ニ之ヲ認ム)此債務ニ對スル債權カ訴ニ依リテ保護セラレサルモノヲ謂フ。我國ノ法律上斯ル債務アリヤト云フニ多數說(梅氏七頁。鳩山氏一三頁。石坂氏四四頁。川名氏三四頁。勝本氏三二頁等)ハ消極ニ解スルモ時效ニ罹リテ其援用アリタル債務(民五〇、八參照)、不法原因ニ基ク給付返還ノ債務(民七〇八)、利息制限法ノ制限超過ノ利息債務、限定承認ヲ爲シタル相續人ノ相續債務ノ內相續財產ヲ超過スル部分、債權者カ勝訴ノ終局判決ヲ受ケタル後訴ヲ取下ケタル場合ノ債務(民訴二三、二)、和議ノ場合ニ一部免除ヲ受ケタル部分ノ債務(破三二六、和五七)ノ

債權ノ不可侵性

如ク四b ニ說明シタル(ロ)ノ責任ナキ債務ハ皆自然債務ト云フヲ得(尙自然債務ヲ認ムル少數說ニ付テハ勝本氏三二頁註參照)。反之、夫婦同居ノ義務(民七八九)ノ如キハ直接强制セラルルコトナキモ尙其權利者ハ訴ニ依リテ義務者ニ其履行ヲ命スル判決ヲ求メ得ヘキカ故ニ自然債務ニ非ス。

五　第三者ニ依ル債權ノ侵害カ可能ナリヤ又其侵害カ不法行爲トナルヤ否ヤニ付テハ議論ノ岐レタルコトアルモ、今日ニ於テハ積極說ヲ通說トシ、大正四年以來大審院判例(正四、三、一〇刑錄二七九頁。正四、三、二〇民錄三九五頁)モ亦此說ヲ採ル。惟フニ如何ナル權利ニテモ侵害不能ナルコトナシ。債權ハ事實上第三者ニ於テ履行又ハ其受領ヲ不能ナラシメ若ハ之ヲ妨害スルニ因リテ侵害シ能フコト疑ノ餘地ナキカ故ニ第三者ニ依ル債權侵害ハ本來可能也ト云フヘク、第七〇九條ハ汎ク權利ト云ヒテ債權ヲ除外セサルカ故ニ第三者カ故意過失ニ因リテ不法ニ債權ヲ侵害シタルトキハ第三者ハ是レニ因ル損害ヲ賠償セサルヘカラス。又右ノ妨害存續中ナルトキハ債權者ハ其排除又ハ停止ヲ請求シ得サルヘカラス(同旨勝本氏四二頁六二頁)。積極說ヲ正當トス。

六　債權ニハ排他性ナシト云フヲ通說トス。惟フニ不特定給付ノ債權例ヘハ金錢其他ノ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ニハ排他性ナシト云フヲ正當トス。然レトモ特定給付ノ債權例ヘハ一定ノ時ニ於ケル特定人ノ一定ノ勞務ヲ目的トスル債權ニモ排他性ナシト云フハ正當ナラス。例ヘ

債權ノ排他性

ハ甲カ一定ノ時ニ乙ノ爲メ大阪ニ使シ同時ニ丙ノ爲メ仙臺ニ使スルコトハ不能也。法ハ不能ヲ求メス。不能ノコトニ付テハ權利發生セサルカ故ニ甲カ乙ノ爲メ一定ノ時ニ大阪ニ使スヘキコトヲ契約シ更ニ丙ノ爲メ其同一ノ時ニ仙臺ニ使スヘキコトヲ契約スルモ二ツノ契約カ俱ニ有效ニシテ同時ニ大阪ニ使スヘキ債務ト仙臺ニ使スヘキ債務トカ發生スルモノト云フヲ得ス。乃チ何レカ一方ノ債權債務ハ發生セサル也。而シテ甲乙間ノ契約カ其效力ヲ失フヘキ道理ナキカ故スルコト論ナク後ニ甲丙間ノ契約成立スレハトテ甲乙間ノ契約カ前ナラハ其契約カ有效ニシテ債權債務發生ニ甲丙間ノ契約ハ其效力ヲ生セサルモノト云フヘク特定給付ノ債權ニ排他性アルコト明白也。

七　債權ト物權ノ根本的ノ差異ハ債權ハ行爲ヲ受クル權利ナルニ在リ(兩者ノ區別ヲ絕對性相對性ニ在リトナスハ正當ナラス、同旨勝本氏四一頁。權利ニ絕對權相對權ノ區別アルモノニ非サレハ也)。其結果更ニ次ノ如キ差異ヲ生ス。物權ニハ常ニ排他性アレトモ債權ニハ特定給付ノ債權ニノミ排他性アリテ其他ノ債權ニハ排他性ナシ。例ヘハ數人カ同一ノ物ニ付キ獨立ノ所有權ヲ有スルコトハ不能ナルモ數人カ同一ノ債務者ニ對シテ同額ノ金錢債權ヲ有スルコトハ何等ノ妨ナシ。物權ハ法律ニ定ムルモノノ外創設スルコトヲ得サルモ(民一七五)債權ニ付テハ公序良俗(民九〇)ニ反セサルヲ要スル外斯ル制限ナシ。

從來ノ學者多ク物權ニハ追及權(Verfolgungsrecht; droit de suite)ヲ生スレトモ債權ニ之ヲ生セサルハ則チ兩者ノ

異ナル所也トナセトモ、動產物權ノ目的タル物ノ所在カ移動スルハ恰モ債務者ノ所在カ移動スルニ對比スヘキモノニシテ債權者カ債務者ノ移轉先ニ追及シテ債務ノ履行ヲ請求シ得ルハ動產物權者カ其物ノ所在ニ追及シテ權利ヲ行ヒ得ルト同樣ナルカ故ニ追及權ノ生スルト否トヲ以テ物權債權ノ差異トナスハ適切ナラス。

第三章　債權ノ目的

第一節　總論

八　債權ノ目的ニ關スル要件

クヘキ債務者ノ行爲也（民四〇六。四一〇。四一四等參照）。而シテ債權ノ目的ハ（イ）可能ナルコト（ロ）適法ナルコト（ハ）確定シ又ハ確定シ得ヘキコト　以上ノ三要件ヲ具備スルヲ要シ、其一ヲ缺クモ債權ハ成立セス。

八a　債權ノ目的タル給付カ初ヨリ確定セル場合ニ付テハ說明ヲ要セサルモ唯確定シ得ヘキニ過キサル場合ニ於テハ債權者、債務者又ハ第三者カ法律（例、民四〇一。）又ハ契約ノ定ムル所ニ從ヒ公序良俗ニ反セサル範圍ニ於テ自由ニ其債權ノ目的ヲ確定シ得ヘキコトヲ要ス。例ヘハ瓦斯ノ供給

給付ノ確定

契約ニ於テ每期ノ供給ハ一定量ヲ限度トシテ使用者タル債權者ノ需要ニ應シ其決定スル所ニ依ルトシ、又代價ハ債務者タル買主ニ於テ普通ノ場合ニ準シ相當ニ決定スヘキモノトシ、若ハ第三者カ一般ノ相場ヲ判斷シ之ヲ標準トシテ其代價ヲ決定スヘシト云フカ如ク定メアルトキハ債權成立ス。但第三者カ其決定ヲ爲スヘキ場合ニ其決定ヲ爲サス又ハ爲スコト不能トナリタル場合ニハ債權無效トナルカ或ハ他ノ方法ニ依リテ給付ヲ確定スヘキカ將タ又客觀的ニ妥當ナル給付カ其目的トナルヘキカハ其債權ノ性質若ハ其債權成立ノ原因タル法律行爲ノ解釋ニ依リテ之ヲ決スルノ外ナシ。而シテ給付スヘキ數量ノ既ニ確定セル種類債務ヲ除外シテ云フトキハ（一三以下及ヒ民四〇一乃至四〇三。民訴五七四。五七九。七三〇等參照）債權者、債務者又ハ第三者ノ何レカ其確定ヲ爲スヘキ場合ニ於テモ其確定ヲ爲スヘキ權利ハ一種ノ形成權ニシテ相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ之ヲ行使スヘキモノトス（同旨鳩山氏一九頁、勝本氏八四頁）。而シテ第三者カ確定ヲ爲スヘキ場合ニ於ケル其意思表示ハ法律又ハ契約ニ別段ノ定ナキトキハ第四〇九條ノ類推ニ依リ債權者又ハ債務者ノ一方ニ對シテ爲スヲ以テ足ルト解ス（獨民三一八、一參照。反之、雙方ニ爲スヲ要スト說アリ勝本氏八四頁）。確定ヲ爲ス意思表示ハ何レノ場合ニ於テモ撤回ヲ許サス（同旨鳩山氏一九頁、石坂氏一二一頁）。債權者、債務者又ハ第三者カ確定ヲ爲スヘキ場合ニ其確定ヲ爲ササルトキハ第四〇八條第四〇九條ノ類推適用アルモノト解スルヲ相當トス（異趣勝本氏八五頁）。

金錢ヲ對價トシ得サル給付

給付ノ種類

九　債權ノ目的タル給付ハ金錢ヲ對價トシ得ヘキモノタルコトヲ要セス。換言セハ例ヘハ衆議院議員選擧法（正一四年法律四七號）ニ依ル選擧事務員外ノ者ノ爲ス選擧運動（同法九七、二。六。一一二參照）ノ如ク金錢ヲ對價トシ得サル給付ニテモ之ヲ債權ノ目的ト爲シ得ルモノニシテ第三九九條ハ此事ヲ明ニシタルモノ也。卽チ同條ハ財產權ニ非サル債權アルコトヲ認メタルモノ也。同條ニハ債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ之ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ト規定スレトモ、他人ノ身體、名譽、自由ヲ侵害シタルカ如キ場合ニ於テモ之カ損害ノ賠償ハ金錢ヲ以テ爲スヘキモノニシテ（民七一〇。七二二。四一七）、金錢ヲ以テ賠償スルニハ先ツ其侵害セラレタル權利ノ客體ヲ金錢ニ見積ラサルヘカラサルヲ以テ如何ナルモノニテモ金錢ニ見積リ得スト云フコトナシ。而シテ或種ノ給付ヲ目的トスル債權ノ侵害アリタル場合ニ之ヲ金錢ニ見積リテ損害ノ賠償ヲ請求シ得ルモ金錢ヲ對價トシテ其種ノ給付ヲ爲スハ公序良俗ニ反スルモノアルヘシ。斯ル給付ハ卽チ第三九九條ニ所謂「金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノ」ニ屬ス。要スルニ同條ハ金錢ヲ對價トシテ爲スコトカ公序良俗ニ反スル給付ニテモ金錢又ハ經濟上之ニ代ヘ得ルモノヲ對價トセサル場合ニハ其給付ヲ以テ債權ノ目的ト爲シ得ヘキコトヲ定メタルモノト云フヘシ。

一〇　債權ノ目的タル給付ハ種々ノ標準ニ依リテ分類スルヲ得。其主ナルモノ左ノ如シ。

イ、積極給付（positive Leistung）、消極給付（negative Leistung）

給付カ作爲（Thun）ナリヤ不作爲（Unterlassen）ナリヤニ依ル區別也。

ロ、可分給付（teilbare）、不可分給付（unteilbare）

給付カ其價値ト性質トヲ害セスシテ數個ノ給付ニ分割シ得ル否ヤニ依ル區別也。而シテ給付カ可分ナリヤ否ヤハ給付ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ定マリ、可分ナルトキハ其債權ヲ可分債權ト稱シ、不可分ナルトキハ不可分債權ト稱ス（六一參照）。

ハ、特定給付（bestimmte）、不特定給付（unbestimmte）

給付カ履行前ヨリ既ニ特定シ居ルヤ否ヤニ依ル區別ニシテ、特定給付ハ更ニ分レテ特定物ノ給付ト其他ノ特定給付トナリ、不特定給付ハ不特定物ノ給付ト其他ノ不特定給付ニ分ル。

ニ、繼續的給付（dauernde）、非繼續的給付（nichtdauernde od. einmalige L.）、回歸的給付（wiederkehrende L.）

第二節　特定給付ノ債權

特定物引渡ノ債權

一一　特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權（Speciesschuld; Speciesobligation）ハ特定物ノ占有ノ移轉ヲ目的トスル債權ニシテ債權者カ其物ヲ占有スヘキ權利アルニ因リテ當然發生ス。卽チ物權ノ效力トシテ發生スル

債權ナルカ故ニ契約ハ其直接ノ發生原因トナラス。例ヘハ甲カ自己ノ占有スル特定物ノ所有權ヲ乙ニ移轉シタルトキハ乙ノ所有權ノ效力トシテ甲ハ當然其占有ヲ乙ニ移轉スル義務ヲ負フ。隨テ更ニ契約ニ因リテ其義務ヲ發生セシメ得ヘキ餘地ナク、更ニ契約ニ因リテ定メ得ルハ唯其履行ノ時期方法等ニ過キス。故ニ其引渡ヲ目的トスル債權ハ目的物ヲ占有スヘキ權利ノ移轉又ハ消滅ニ伴ヒテ當然移轉シ又ハ消滅スルモノニシテ獨立ニ處分スルヲ得ス又單獨ニ消滅スルコトナキモノトス。

保管義務

一一a 債權ノ目的カ特定物ノ引渡ナルトキハ債務者ハ其引渡ヲ爲スマテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存スルヲ要ス（民四〇〇。舊民二九八。三五〇。六四四。六七一。九一六。九三六。九五三。一一一四、二等參照）。善良ナル管理者ノ注意トハローマ法ニ於テ良家父ノ注意（diligentia bonipatris familias）ト云ヘルニ相當シ獨逸民法（二七）ニ於テ取引上必要ナル注意ト云フニ該當ス。要スルニ眞面目ナル社會一般人カ同樣ノ場合ニ於テ通常用キル程度ノ注意ヲ謂フモノニシテ個々ノ債務者ノ通常用キル注意又ハ其能力ニ應シタル注意ヲ謂フモノニ非ス（後段同旨石坂民四四三頁）。注意ト云フハ注意ノ努力ヲ謂フモノニ非スシテ氣ノ付クコトヲ謂フ也。法ノ要求スル所ノ注意ヲ缺クハ卽チ過失（culpa; Verschulden; 三七a參照）ニシテ法カ善良ナル管理者ノ注意ヲ要求スル場合ニ其注意ヲ缺クコトヲ學者稱シテ抽象的又ハ客觀的輕過失（culpa levis in abstracto）ト云ヒ、法カ自己ノ爲メニスルト同一ノ注意（民八〇五。八八九）又ハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意（diligentia quam suis. 民六五九。一〇四〇。舊民一〇二一。一〇四四、一ハ相續人ニ其固有財產ニ於ケルト同一ノ注意ヲ要求ス）ヲ要求スル場合ニ其注意ヲ缺クコトヲ具體的輕過失（culpa levis in concreto）ト云フ。廣義ノ輕過失ハ此兩種ノ輕過失ヲ含ミ重過失（culpa lata）ニ對ス。重過失又ハ重大ナル過失トハ法ノ要求スル注意ヲ缺クコト甚シキモノヲ謂フ。

善良ナル管理者ノ注意

而シテ重過失ニ付テノミ責任ヲ負フハ具體的輕過失ノ場合ト同シク法律ニ其旨ヲ明ニシタル場合ニ限ル（民九五但書。六九八。商三九六。三九九。三九九ノ二。四二九。四三三。四四一。明三二年法律四〇號失火ノ責任ニ關スル件。登一三。戶四等）。

過失

次ニ保存ト云フハ保管（custodia）ノコトニシテ自然力又ハ人力ニ因ル侵害ニ對シテ物ヲ保護スルコト也。債務者カ善良ナル管理者ノ注意ヲ以ヲ保存ヲ爲ササル爲メ物ノ滅失毀損ヲ來シタルトキハ債務者ハ之ニ因ル損害ヲ賠償セサルヘカラス（民四一五。七〇九）。然レトモ第四〇〇條ハ强行規定ニ非サルカ故ニ當事者ハ契約ニ因リテ特別ナル注意義務（Sorgfaltpflicht）ヲ定メ得ヘク、又法律ニ別段ノ規定アルトキハ之ニ從フヘキモノトス。

保存

一二 特定物ノ引渡以外ノ特定給付ノ債權 特定物ノ引渡ヲ目的トセサル特定給付ノ債權トシテハ唯特定セル權利ノ移轉又ハ一定ノ時間ニ於ケル特定人ノ一定ノ行爲ヲ目的トスル債權アルノミ。例ヘハ甲カ自己ノ劇場ニ於テ某月某日午後一時ヨリ四時マテ俳優乙ノ出演ヲ受クヘキ債權

一三b 種類債權ノ特定。

ノ如キ、又ハ甲カ乙ノ爲メ某月某日大阪ニ使スヘキ債務ニ對スル乙ノ債權ノ如キハ後者ノ例也。

第三節 不特定給付ノ債權

不特定物給付ノ債權

一三 不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ハ一名種類債權(Gattungsschuld; obligation de genre)ト云フ。例ヘハ米百石、石炭百萬斤ト云フカ如ク債權ノ目的(給付スヘキ目的物ヲモ亦債權ノ目的ト云フ。民四〇一。四〇二、二。四一九。四二二等參照)カ個別的ニ定マレルニ非スシテ唯一定ノ特徴ト數量トニ依リテ定マレルモノヲ謂フ也。而シテ一定ノ特徴ハ通常種類ニ依リテ定マルカ故ニ其債權ヲ種類債權ト云フ。然レトモ例ヘハ甲カ現ニ米百石又ハ石炭百萬斤ヲ占有スル場合ニ其米又ハ石炭ノ引渡ヲ受クヘキ債權ノ如キハ其目的タル米又ハ石炭カ具體的ニ特定シ居ルカ故ニ種類債權ニ非ス。

制限種類債權(混合種類債權)

種類債權ノ特定(集中)

一三a 制限種類債權又ハ混合種類債權(beschränkte od. gemischte Gattungsschuld)トハ一定ノ種類ニ屬スル物ニ就キ更ニ一定ノ特徴ニ依リ其範圍ヲ狹クシタル物ノ中ヨリ給付ヲ受クヘキ債權ヲ謂フ。例ヘハ此倉庫内ノ肥後米ノ中ヨリ十石ノ給付ヲ受クヘキ債權ト云フカ如キ是也。此種ノ債權カ種類債權ナリヤ否ヤニ付テハ議論アルモ積極說ヲ正當トス。通說也(二四a參照)。

一三b 種類債權ヲ辨濟スルニハ其目的物ヲ具體的(個別的)ニ確定スルヲ要ス。卽チ特定スルヲ要ス。不特定ノママニテ給付スルコトハ不能ナレハ也。此確定ヲ種類債權ノ特定(Konkretisierung)又ハ集中(Konzentration)ト云フ。而シテ其確定ハ如何ナル標準ニ依リテ爲スヘキカト云フニ、其債權ノ目的トナレル一定ノ特徴ヲ有スル物ノ中ニ品質ノ差等アルトキハ其中ヨリ任意ニ確定スルヲ得ヘク、差等アルトキハ法律行爲ノ性質、第九二條ノ慣習、法律ノ特別ノ規定(例、民五八七)又ハ當事者ノ合意ニ依リテ其品質ヲ定ムヘキモノニシテ、若シ此等ノ標準ニ依リテ品質ヲ定メ得サルトキハ中等ノ品質ヲ有スル物ノ中ヨリ其給付スヘキ物ヲ具體的ニ確定スヘキモノトス(民四〇一)。但債務者之ヲ確定スル場合卽チ普通ノ場合ニ債務者カ上等ノ品質ヲ有スル物ノ中ヨリ確定スルモ債務ノ本旨ニ反セサル限リ何等ノ妨ナシ(諸學說ニ付テハ勝本氏一二九頁以下參照)。而シテ中等ノ品質ノ何タルカハ一般取引ノ通念ニ依リテ之ヲ決ス。

種類債權特定ノ方法

一三c 種類債權特定ノ方法ニ種々アリ。民法カ明文ニ示スハ只左記(イ)(ロ)ノ二方法ニ過キサルモ尙ハ(ニ)(ホ)(ヘ)ノ方法及ヒ慣習ニ依リテ特定スル場合アルコトモ亦之ヲ認メサルヘカラス。

持參債務

(イ) 債務者カ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタルトキハ種類債權ハ特定ス(民四〇一、二前段。獨民二四三、二)。而シテ其必要ナル行爲ノ完了トハ現實ノ提供ニ外ナラス。故ニ債權者ノ住所ヲ履行ノ場所トスル所謂持參債務(Bringschuld. 民四八參照)ニ在リテハ債務者カ物ヲ發送シタルノミニテハ足ラス履行

スヘキ場所ニ於テ現實ニ履行ノ提供ヲ爲スニ因リテ種類債權ハ特定ス（同旨正八、一二、二五。大判民錄二四〇〇頁）。通說也。

取立債務

債務者ノ住所ヲ履行ノ場所トスル所謂取立債務（Holschuld）其他債務ノ履行ニ付キ特ニ債權者ノ行爲ヲ要スルモノニ在リテモ履行ノ準備ヲ爲シテ口頭ノ提供（言語上ノ提供　民四九三但書）ヲ爲スノミニテハ特定セス（反對石坂氏一四三頁以下。烏賀陽氏六一頁。嘉山氏三五頁。鳩山氏三〇頁等）。更ニ現實ノ提供ヲ爲スニ因リテ特定ス。例ヘハ米十俵ヲ自己ノ住所ニ於テ給付スヘキ債務者カ米二十俵ノ準備アル場合ニ債權者ニ對シ口頭ノ提供ヲ爲シタレハトテ其二十俵ノ中何レノ十俵カ債權ノ目的トナルカハ確定セス。債權者カ取立ニ來リタル時現實ニ米十俵ヲ指定シテ之ヲ提供スルニ因リ始メテ確定ス。而シテ初ヨリ其十俵ノミヲ準備シテ口頭ノ提供ヲ爲シタル場合ト雖モ未タ第四〇一條第二項ニ所謂「給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ノ完了」アリタルモノト云フヲ得ス隨テ特定セサルモノトス（反對勝本氏一三七頁）。蓋右ノ程度ニテハ尙債權者ヲ右十俵ノ所在ニ案內シテ之ヲ指示スル等ノ行爲ヲ必要トシ、語ノ普通ノ意義ニ依ルモ未タ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノト云フヲ得サルノミナラス、若シ是ニ因リテ特定スルモノトセハ債權者ノ同意ヲ得スシテ給付スヘキ物ヲ指定スルモ仍ホ特定スルト同一ノ結果トナリテ同項後段ノ精神ニ反スレハ也。

（ロ）　債務者カ債權者ノ同意ヲ得テ其給付スヘキ物ヲ指定シタルトキハ種類債權ハ亦特定ス（民四

〇一、二後段）。是レ現實ノ提供前豫メ特定スル方法ニシテ、債務者カ豫メ特定スルニハ債權者ノ同意ヲ要ス。而シテ右ノ指定ヲ爲ス權利ハ一種ノ形成權ニシテ債權者ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行フヘキコトヲ定メタル場合ニハ其事實ノ發生ニ因リテ特定ス。（同旨勝本氏一五三頁。鳩山氏三一頁）。

（ハ）　當事者カ契約ニ因リ債權者又ハ第三者ニ指定權ヲ與ヘタル場合ニ在リテハ其指定ニ因リテ特定シ又其他ノ事實ニ因リテ特定スヘキコトヲ定メタル場合ニハ其事實ノ發生ニ因リテ特定ス。而シテ右指定權者カ指定セサル場合ニ付キ其指定權ハ第四〇八條第四〇九條第二項ノ準用ニ依リ債務者ニ屬スト爲ス學說（石坂氏一三四頁　沼氏三三頁等）アルモ余ハ右指定權ノ消滅ニ付キ其準用アルモノト解ス（同旨勝本氏一五三頁）右指定權ハ（ロ）ノ場合ト同樣一種ノ形成權ニシテ債權者カ行使スル場合ニハ債務者ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行フ（民四〇七、一。四〇九、一參照）。

（ニ）　執達吏カ不特定物給付ノ債權ニ基ク强制執行トシテ其債權ノ目的物ノ種類品質ニ屬スル債務者所有ノ物ヲ差押ヘタルトキハ其差押ト同時ニ債權ノ目的物ハ特定シ同時ニ債權ノ辨濟アリタルモノト看做サル（民訴五七四。七三〇）。

（ホ）　債權發生後當事者カ契約ヲ以テ給付スヘキ物ヲ特定スルトキハ是レニ因リ種類債權ノ特定

スルコト勿論也。

種類債權特定ノ效果

（ヘ）　例ヘハ債權發生當時此牧場ニ現存スル牛二百頭ノ中百頭ヲ給付スヘシト云フカ如キ制限種類債權ノ場合ニ其牛カ百頭以下ニ減少シタルトキハ是ニ因リテ特定ス。蓋債務者ハ其殘存スル牛全部ヲ給付スルヲ要シ更ニ特定セシムヘキ餘地ナケレハ也（反對石坂氏一三二頁。勝本氏一五四頁以下等）。

一三d　種類債權特定ノ效果トシテ其債權ハ特定物給付ノ債權トナル。而シテ尙其特定ノ效果トシテ別ニ擧クヘキモノアリ。左ノ如シ。

物權ノ移轉

（イ）　特定ノ效果トシテ最モ重要ナルモノハ物權ノ移轉也（同旨梅氏一六頁）。夫レ物權ノ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ效果ヲ生ス（民一七六）。然ルニ種類債權發生ノ目的ハ債權者ヲシテ後日特定スヘキ目的物ノ上ニ物權ヲ取得セシムルコトニ在ルカ故ニ特定當時目的物カ債務者ノ所有ナルトキハ特定スルト同時ニ其物權ノ移轉ヲ來スヲ原則トシ當事者ノ特別ノ意思表示アル場合ニ限リ其意思表示ニ定ムル時期マテ物權ノ移轉ヲ來ササルモノト解スルヲ正當トス。サレハ目的物ノ特定シタルノミニテハ物權移轉セス物權ノ移轉ニハ更ニ移轉ノ意思表示ヲ要ストナス學說（石坂氏一五〇頁。富井氏一〇五頁以下）ハ採ルヲ得ス。

危險負擔ノ移轉

（ロ）　物カ滅失毀損シタル場合ニモ債務者ハ同種類ノ他ノ物ヲ給付スルヲ要セス。毀損シタル場合ニハ其毀損シタル物ヲ給付スヘキモノトス。然ルニ特定前ニ在リテハ苟モ其種類ノ物カ世間ニ存スルトキハ假令債務者ノ物カ全滅スルモ仍ホ其種類ノ物ヲ給付セサルヘカラス。然レトモ其特定シタル物カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ滅失毀損シタル場合ニハ債務者ハ損害賠償ノ義務ヲ負フ。民法カ目的物ノ確定以後ニ於ケル滅失毀損ニ因ル危險ヲ債權者ニ負擔セシムルハ（民五三、四、二）確定ト同時ニ物權カ債權者ニ移轉スルカ爲メ也。

保管義務

（ハ）　債務者ハ爾後善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保管スルコトヲ要ス（民四〇〇）。

變更權（jus variandi）

一三e　種類債權特定後ニ於テハ理論上當事者ハ相手方ノ同意アルニ非サレハ其目的物ヲ變更スルヲ得ス（同旨石坂氏一四七頁。川名氏七一頁以下。富井氏一〇二頁等）。然レトモ債務者カ現實ニ給付ノ提供ヲ爲シタルニ因リ目的物確定シタルモ債權者カ受領ヲ拒絕シ又ハ受領スルコト能ハサル場合ニハ債務者ニ於テ例ヘハ其目的物ヲ任意ニ他ノ用途ニ使用シ後日更ニ同種同等ノ物ヲ債務ノ履行トシテ提供シ債權者之ヲ辨濟トシテ受領スルカ如キハ事實上普通一般ニ行ハレ居ル所ノ慣習ナリト信ス（註）。而シテ反證ナキ限リ當事者ハ初ヨリ是ニ依ル意思ヲ有スルモノト認ムルヲ相當トスヘク、此慣習ハ公序良俗ニ反セス又强行規定ニ反セサルカ故ニ（民九二）右ノ如キ場合ニ債務者ハ通常右例示ノ如キ事實行爲ニ因リテ其確定ヲ取消シ本來ノ種類債務ヲ復活シ得ルモノト云フヘシ。隨テ例ヘハ甲カ乙

ニ對シ磐城炭一萬斤給付ノ債務ヲ負擔シ磐城中等炭一萬斤ヲ提供シタルニ乙カ受領ヲ拒絶シタルニ因リ甲カ之ヲ丙ニ賣渡シタルカ如キ場合ニ於テハ甲ノ乙ニ對スル種類債務ハ提供ニ因リテ一旦特定シ其一萬斤ノ所有權ハ乙ニ移轉シタルモ右ノ慣習ニ從ヒ甲カ更ニ之ヲ丙ニ提供スルニ因リテ乙ノ所有權ハ消滅シ甲ノ乙ニ對スル從來ノ債務ハ種類債務トシテ復活シ甲ハ更ニ又乙ニ對シ磐城中等炭一萬斤給付ノ義務ヲ負フモノト云ハサルヘカラス。

註、松本氏新報二九卷三號三三頁ハ單ニ賣主カ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタルニ因リテ特定セル場合ニ付テハ賣主ニ變更權ヲ認ムルコト取引上ノ便宜ニ合スル所ニシテ此趣旨ノ商慣習ハ存在セルモノト謂フモ可ナルヘシトナス。富井氏八七頁。石坂氏一二五頁以下等）。

右ハ慣習アル場合ノ說明也。而シテ慣習ナキ場合ニ於テモ相手方ニ變更權ヲ認メサルコトカ取引上信義ノ原則ニ反スルトキハ其變更權アルモノト解スルヲ相當トス（同旨勝本氏一六一頁。鳩山氏三三頁）。

一四　物ノ給付ヲ目的トセサル不特定給付ノ債權　此種ノ債權ハ更ニ分レテ二種トナル。

（イ）權利ノ給付ヲ目的トスルモノ　例ヘハ債務者ノ有スル一口百圓ノ數十口ノ債權ノ中不特定ノ十口ノ讓渡ヲ受クヘキ債權ノ如キ是也。斯ル債權ニ付テハ種類債權ノ規定準用アリ（同旨勝本氏一二六頁）

（ロ）權利ノ給付ヲ目的トセサルモノ　例ヘハ一定期間ニ一定種類ノ人夫十名雇入ノ周旋ヲ受クヘキ債權ノ如キ是ニ屬ス。此種ノ債權ハ其履行前ニ於テ當事者ノ合意ニ因リ又ハ當事者ノ一方カ相手方ノ同意ヲ得テ爲ス指定ニ因リ特定給付ノ債權ニ變更スルコトアリ得ルモ其他ノ原因ニ因リテハ特定給付ノ債權トナリテ存續スルコトナク、給付ノ確定スル場合ニハ必スヤ同時ニ債權ノ辨濟アルヘキモノトス。故ニ入夫某々十名ノ周旋ヲ爲サントシタルニ債權者カ受領ヲ拒絶シタル場合ニ於テモ債務者ハ爾後其特定ノ十名ノ周旋ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スルニ非スシテ唯其種類ノ人夫十名ノ周旋ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スルニ過キス（反對勝本氏一二七頁）。不特定物給付ノ債權ト此點ニ付キ斯ル差異アルハ權利ノ給付ヲ目的トセサル不特定給付ノ債權ニ在リテハ債權者カ給付ノ客體ニ付キ其提供ニ因リテ何等特定ノ權利ヲ取得セサルニ反シ、不特定物給付ノ債權ニ在リテハ其提供ニ因リ債權者カ其目的物ノ上ニ特定ノ權利ヲ取得スルカ爲メ也ト云フヘシ。

第四節　金錢債權（金錢債務 Geldschuld）

一五　金錢債權トハ金錢ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ謂フ。金錢トハ國家カ財貨交換ノ用具トシテ名價（額面價格、法定價格 Nennwert）ヲ定メタル動產ニシテ强制通用力ヲ有スルモノ也。之ヲ法定貨幣、法貨（Staats-geld）又ハ通貨ト云フ。法定貨幣ニ對シテ自由貨幣（freies Geld: Verkehrsgeld）ナルモノアリ。取引上貨幣トシテ通用

スルモ强制通用力ナキモノヲ謂フ。

一六　內國貨幣金錢債權　內國貨幣ノ給付ヲ目的トスル債權ニ二種アリ。左ノ如シ。

a　金額債權（Summen-schuld）　單ニ一定ノ金額ノ給付ヲ目的トスル債權也。此場合ニハ債務者ハ其選擇ニ從ヒ各種ノ通貨ヲ以テ辨濟スルヲ得（民四〇一、但書）。然レトモ其特種ノ通貨カ辨濟期ニ於テ强制通用力ノ限度ニ於テ其選擇ヲ爲スヲ得（銀貨及七小額紙幣ハ十圓マテ、白銅貨ハ五圓マテ、青銅貨ハ一圓マテ。貨幣法第七條。大正六年勅令第二〇二號第三條）。然レトモ債權者ノ同意アルトキハ此制限ヲ超過シ得ルコト勿論也。

b　金種債權（Geldsorten-schuld）　特種ノ通貨ノ給付ヲ目的トスル債權也。例ヘハ銅貨ノミニテ金二圓ノ給付ヲ受クヘキ債權ノ如キ是也（民四〇二、）。然レトモ其特種ノ通貨カ辨濟期ニ於テ强制通用力ナキトキハ債務者ハ他ノ通貨ヲ以テ辨濟スルヲ要ス（民四〇二、二）。但此規定ハ任意規定ナルカ故ニ强制通用力ヲ失フト否トヲ問ハス其特種ノ通貨ヲ給付スヘキ特約アルトキハ之ニ從フ。斯ル債權ハ之ヲ絕對的金種債權ト云フ。

一七　外國貨幣金錢債權　外國貨幣ノ給付ヲ目的トスル金錢債權ニモ亦金額債權ト金種債權ノ二種アリテ內國貨幣金錢債權ニ關スル規定準用セラル（民四〇三）。然レトモ此債權ヲ次（一八）ニ說明スル債權ト混同スルハ非也。

一八　內外國貨幣金錢債權　外國ノ通貨ヲ以テ債權額ヲ指定スルコトアリ。此債權ノ性質如何ハ意思表示ノ解釋問題ナルモ其意思不明ナル場合ニ付テハ學說岐レ或ハ外國貨幣金錢債權也トシ唯內國貨幣ノ代用給付ヲ認メタルモノナレハ此債權ノ目的ハ右內外兩種ノ通貨也ト解スルヲ相當トス（同旨石坂氏二二一頁富非氏一二〇頁）。隨テ債務者ハ內國ノ通貨ヲ以テモ辨濟シ得ヘキハ當然ニシテ此場合ニハ履行地ニ於ケル爲替相場ニ依リテ其債權額相當ノ內國通貨ヲ算定スヘキ也（民四〇三。履行地ニ相場ナキ場合ニ付テハ商四九一、二比較參照）。而シテ現ニ支拂當時ノ爲替相場ニ依ルヘキモノトス。通說也。此債權ノ性質右說明ノ如クナルヲ以テ債權者ハ內國貨幣又ハ其外國貨幣ヲ以テ債權額相當ノ金錢ヲ支拂フヘキ旨請求シ得ルモ外國貨幣又ハ內國貨幣ニ限定シテ請求スルヲ得ス。然レトモ其債權ニ基ク强制執行ノ場合ニハ執達吏ハ債務者ニ屬スル其外國貨幣又ハ內國貨幣ノ何レニテモ差押ヘテ之ヲ債權者ニ引渡スコトヲ得ヘク（民訴五七四）、他ノ財產ヲ差押ヘタルトキハ之ヲ競賣シ競賣地ニ於ケル爲替相場ニ依リテ其債

權額相當ノ內國通貨ノ額ヲ算定シ(民訴五七九)其額ニ達スルマテ右ノ賣得金ヲ債權者ニ交付スヘキ也。

第五節　利息債權(利息債務 Zinsschuld)

利息債權ノ意義

一九　利息債權トハ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ一ノ原因トシ、其額ト該債權ノ存續期間トニ比例シテ支拂ハルヘキ同種同品等ノ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ謂フ。此二ツノ債權ノ中前者ハ之ヲ元本債權ト稱ス。而シテ單ニ元本ト云フトキハ元本債權又ハ其目的物ヲ意味スルト同樣單ニ利息ト云フトキハ利息債權又ハ其目的物ヲ意味ス。

利息債權ハ從タル債權ナリヤ

利息(usurae; Zinsen; intérêts)ノ意義ニ付テハ法律ニ明文ノ規定ナク又學說ノ歸一セサル所ナルモ前項ノ如ク說明スルヲ正當トス。以下少シク利息債權ノ觀念ヲ分析シテ說明スヘシ。

a　利息債權ハ元本債權ヲ一ノ原因トシ其存在ヲ前提トシテ發生スル債權也。故ニ元本債權ナクハ利息債權成立セス、元本債權消滅セハ爾後利息債權ヲ生セサル也。學者多ク利息債權ヲ以テ元本債權ニ從タル債權也トナス(鳩山氏四二頁。烏賀陽氏一二八頁。嘉山氏五〇頁。沼氏四九頁等)。畢竟用語上ノ問題ナルモ從タル債權ト云フ以上例ヘハ從タル保證債務ノ存在ニハ主債務ノ存在ヲ必要トシ、從物カ從物トシテ存在スルニハ常ニ主物ノ存在ヲ必要トスルカ如ク、利息債權カ利息債權トシテ存在スルニハ常ニ元本債權ノ存在ヲ必要トスルモ元本債權消滅シテ唯リ利息債權ノミ利息債權トシテ存在スルコトアルカ故ニ利息債權ヲ從タル債權ト云フハ妥當ナラス(嘉山氏前揭ハ嚴正ノ意味ニ於ケル從タル債權ニ非ストナス)。

元本債權ノ移轉ト利息

利息ハ元本ト同種ナルヲ要スルヤ

利息ハ又利子ト云フ。元本ト利子トノ關係ハ恰モ親ト子ノ關係ノ如キモノ也。而シテ元本債權ノ讓渡又ハ差押アリタル場合ニ將來ノ期間ニ對スル利息債權ハ特別ノ事由ナキ限リ元本ト共ニ讓渡又ハ差押ノ目的タルコト勿論ナルモ過去ノ期間ニ對スル利息債權ニ付テハ當然讓渡又ハ差押ノ效力ヲ生スルモノト云フヲ得ス。差押ノ場合ニハ差押命令ノ趣旨ヲ解釋シテ決スヘク、讓渡ノ場合ニハ要スルニ當事者ノ意思解釋ノ問題ナルモ疑ハシキトキハ右利息債權カ辨濟期前ナル場合ト辨濟期ニ在ル場合トヲ區別シ、前ナル場合ニハ讓渡ノ目的ニ包含セラレ(結果同鳩山氏四三頁。富井氏一五二頁。勝本氏二四三頁等)、辨濟期ニ在ル場合ニハ包含セラレサルモノ(結果同鳩山氏前揭四四頁)ト解スルヲ相當トス。遲延利息債權ニ付テ云フモ亦同シ(同旨正九、二、一四大判民錄一二八頁。尙二七(4)參照。反對昭二、一〇、二二大判評一六卷民法一三四八頁。鳩山氏三四八頁註二。勝本氏二四三頁。瑞債一七〇、三)。尙利息ノ擔保ニ付テハ民二九七、二。三二二。三二三。三二八。三四〇。三四六。三七四。四四七。辨濟ニ付テハ民四九一參照。

b　元本債權ト利息債權トハ同種同品等ノ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權也。特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ニ付テハ利息債權ヲ生セス。利息カ當ニ元本ト同種類ノ物タルヲ要スルヤ否ヤ

ニ付テハ議論アルモ要ストナスヲ正當トシ多數說トス（積極說法曹會決議法曹一八卷二號。川名氏八八頁。横田氏一七二頁。沼氏四八頁。勝本氏二三三頁等。消極說鳩山氏四一頁。石坂氏二四五頁。富井氏一三三頁等）。故ニ例ヘハ米一石ノ消費貸借ニ付キ一ケ月一升ノ割合ニ依リ麥ヲ以テ利息ヲ支拂フヘシト契約シタル場合ノ如キモ其麥ヲ給付スル債務ハ眞ノ利息債務ニ非ス第四〇五條ノ如キモ之ニ適用シ得サル也。

(c) 利息ノ數額ハ元本ノ數額ニ對シ一定ノ期間ニ依ル一定ノ割合ナルヲ要ス。通說也（反對例、石坂氏二〇四頁）。此割合ヲ利率（Zinsfuss; taux）ト云フ。例ヘハ年一割二分、月一分、百圓ニ付キ日歩二錢ト云フカ如シ。利率ニ二種アリ。約定利率（taux conventionnel）及ヒ法定利率（taux légal）是也。約定利率ハ法律行爲ニ因リテ定マル利率ニシテ法定利率ハ法律ノ規定ニ依リテ定マル利率也。法定利率ハ原則トシテ年五分（民四〇四。利率ニ云フ分ハ歩又ハ朱ト同義也。）ナルモ、商行爲ニ因リテ生シタル債務ノ法定利率ハ年六分（商二七六）、供託金ノ利息ハ年三歩六厘（供託法三、正一一年司法省令三號）ナリ（二一參照）。

二〇 學者多ク利息ハ法定果實也トナス（例、鳩山氏四〇頁。勝本氏二三一頁）。然レトモ法定果實ハ物ノ使用ノ對價タルヲ要スルカ故ニ（八八、二）其法定果實ヲ受クヘキ權利者ハ元物ニ付キ權利ヲ有スル者又ハ其承繼人タルヲ要シ其元物ハ特定物ナラサルヘカラサルモ利息債權ニ付テハ斯ル元物ナキカ故ニ利息ハ法定果實ニ非ス。例ヘハ貸金ノ利息ノ如キモ其貸付金ハ貸付ト同時ニ借主ノ所有トナリ、貸主ハ最早該金錢ニ付キ何等特別ノ權利ヲ有セス借主カ借受後直ニ之ヲ滅失スルモ利息債權ニ何等ノ影響ナキカ故ニ利息ハ法律上其貸金使用ノ對價ニ非ス隨テ法定果實ニ非サルコト論ヲ竢タス。反之、地代又ハ家賃ノ如キハ土地又ハ家屋使用ノ對價ナルカ故ニ地上權又ハ賃借權設定後天災ニ因リ土地又ハ家屋滅失シタルカ如キ場合ニ於テハ使用不能ノ爲メ爾後ノ期間ニ對スル地代又ハ家賃ノ債權亦消滅ス。是レ卽チ其地代又ハ家賃ハ法定果實ナルモ利息カ法定果實ニ非サルコトノ確證也。單ニ經濟關係ヨリ觀ルトキハ元本ヲ辨濟セサル間債務者ハ元本相當ノ財產ヲ自己ノ爲メニ使用シテ利益ヲ收メ得ルヲ寧ロ普通トスヘキカ故ニ斯ル場合ニ元本ヲ辨濟セサル間ノ利息ハ卽チ元本使用ノ對價ト云フヲ得ヘキモ法律上之ヲ以テ物ノ使用ノ對價ト云フヲ得サルヤ明也。

二一 不特定物給付ノ債務アルコトハ利息債權發生ノ一原因ナルモ其債務アルニ因リテ當然利息債權ヲ發生スルモノニ非ス。之ヲ發生スルニハ尙之ヲ發生セシムヘキ法律行爲又ハ法律ノ規定アルヲ要ス。而シテ法律行爲ニ依ル利息ヲ約定利息ト云ヒ法律ノ規定（例、民四四二、二。四五九、二。五七五、二。六五〇、一。六五五。商二七五等）ニ依ル利息ヲ法定利息ト云フ。約定利息ニハ通常約定利率アルカ故ニ其約定利率ニ從フモ約定利率ナキトキハ法定利率ニ從フ。然レトモ法定利息ハ約定利率アリテ法定利率ヲ超ユ

故ニ利息ハ法定果實ニ非ス。例ヘハ貸金ノ利息ノ如キモ其貸付金ハ貸付ト同時ニ借主ノ所有トナリ、貸主ハ最早該金錢ニ付キ何等特別ノ權利ヲ有セス借主カ借受後直ニ之ヲ滅失スルモ利息債權ニ何等ノ影響ナキカ故ニ利息ハ法律上其貸金使用ノ對價ニ非ス隨テ法定果實ニ非サルコト論ヲ竢タス。反之、地代又ハ家賃ノ如キハ土地又ハ家屋使用ノ對價ナルカ故ニ地上權又ハ賃借權設定後天災ニ因リ土地又ハ家屋滅失シタルカ如キ場合ニ於テハ使用不能ノ爲メ爾後ノ期間ニ對スル地代又ハ家賃ノ債權亦消滅ス。是レ卽チ其地代又ハ家賃ハ法定果實ナルモ利息カ法定果實ニ非サルコトノ確證也。單ニ經濟關係ヨリ觀ルトキハ元本ヲ辨濟セサル間債務者ハ元本相當ノ財產ヲ自己ノ爲メニ使用シテ利益ヲ收メ得ルヲ寧ロ普通トスヘキカ故ニ斯ル場合ニ元本ヲ辨濟セサル間ノ利息ハ卽チ元本使用ノ對價ト云フヲ得ヘキモ法律上之ヲ以テ物ノ使用ノ對價ト云フヲ得サルヤ明也。

二一 不特定物給付ノ債務アルコトハ利息債權發生ノ一原因ナルモ其債務アルニ因リテ當然利息債權ヲ發生スルモノニ非ス。之ヲ發生スルニハ尙之ヲ發生セシムヘキ法律行爲又ハ法律ノ規定アルヲ要ス。而シテ法律行爲ニ依ル利息ヲ約定利息ト云ヒ法律ノ規定（例、民四四二、二。四五九、二。五七五、二。六五〇、一。六五五。商二七五等）ニ依ル利息ヲ法定利息ト云フ。約定利息ニハ通常約定利率アルカ故ニ其約定利率ニ從フモ約定利率ナキトキハ法定利率ニ從フ。然レトモ法定利息ハ約定利率アリテ法定利率ヲ超ユ

ル場合ノ外常ニ法定利率ニ從フヘキモノトス（民四一、九）。

二二　利息制限法

明治十年布告第六六號利息制限法第二條ハ金錢消費貸借ニ因ル利息ノ約定利率ヲ制限シ元金百圓未滿ハ年一割五分以下、千圓以上ハ年一割二分以下トシタルモ此制限ハ大正八年法律第五九號（同年五月一日ヨリ施行）ニ依リ元金百圓未滿ハ年一割五分以下、千圓未滿ハ年一割二分以下、千圓以上ハ年一割以下ト改正セラレタリ。利息制限法ニ所謂利息ハ常ニ金錢（又ハ金錢債權）ナルヲ要スルモ必スシモ利息ノ名義ヲ用ヰルヲ要セス。禮金、棒利等ノ名稱ヲ用ヰルモ實質上利息ナルトキハ右ノ制限ヲ受ケ之ヲ超過スル部分ハ裁判上無效ト云フハ實體法上無效ノ意也トナス學說（富井氏一四六頁。鳩山氏各論八三四頁。勝本氏二五七頁等）アルモ、余ハ裁判上保護ヲ與ヘストノ意ニテ其超過部分ハ卽チ自然債務也ト解ス（同旨嘉山氏五三頁以下）。蓋此部分ノ授受ト雖モ之ヲ違法トシテ禁スヘキ妥當性アルコトナク唯此部分ノ債權ニ付テハ裁判上保護ヲ與ヘサルヲ以テ足ルトナスヲ妥當トスレハ也。故ニ例ヘハ其超過部分ヲ元本ニ組入レタル元利合計ニ付キ更ニ準消費貸借ヲ爲スモ右超過部分ニ付テハ債權者ハ該準消費貸借成立シタルモノトシテ裁判上ノ保護ヲ受クルヲ得ス。然レトモ債務者カ任意ニ超過部分ヲ支拂ヒタルトキハ是レ亦債務ノ辨濟ニ外ナラサルカ故ニ非債辨濟（民七〇五）ニ非ス（結果同正六、四、一六大判民錄六四四頁。正一五、一〇、一三大判、評論一六卷商法二三八頁。細野氏新報三七卷一號五八頁。嘉山氏前揭等）。

次ニ利息制限法改正前ノ約定利率ハ改正後ニ於テ如何ナル效力ヲ有スル乎。惟フニ利息制限法制定ノ理由ハ一定ノ率ヲ超過スル利息ノ契約ヲ無效トシテ債務者ノ困窮ニ乘ジ苛酷ナル利息ヲ貪ルノ弊ヲ防キ以テ社會政策ノ目的ヲ達スルニ在リ。從テ利息制限法ヲ改正シテ其率ヲ低下セシメタル場合ニ於テハ其低下セラレタル利率ヲ超過スル利息債權ヲ裁判上保護スルハ其改正當時ノ社會狀態ニ照シ公序良俗ニ反スルモノト認メタルカ爲メ改正法ノ制限ヲ超過スル部分ハ改正法施行後ニ生スヘキ利息ニ付テハ裁判上保護ヲ受ケ得サルモノト云ハサルヘカラス。大審院判決（正八、一二、一五大判民錄一三〇三頁）カ改正法ノ制限ハ其施行後ニ於テ發生スヘキ利息ニ付テモ舊法施行當時定マリタル約定利率ニ適用ナシトナセルハ不當也（同旨菅原氏論叢三卷五號九六頁～藥師寺氏志林二四卷一二四〇頁以下反對勝本氏二六五頁以下）。

利息制限法ハ金錢消費貸借ノ場合ニ限リ適用アリト解スルヲ正當トシ多數說トス（同旨正一〇、一一、二八大判民錄二〇五一頁。利米ニ適用ナシトノ判例正七、一、一、二八大判民錄六七頁。倘學說ニ付テハ勝本氏二五五頁以下參照）。

利息制限法ヲ設クルノ可否ニ付テハ議論アリ。各國ノ立法例亦區々ニ岐ル（石坂氏二五六頁以下。勝本氏二五〇頁以下參照）。

二三　重利

重利（anatocismus; Zinseszins）ハ又複利ト云フ。利息債權ヲ元本債權ニ組入レ其合算額ニ對シテ更ニ利息債權ヲ生セシムルコト也。重利ヲ利息ノ利息ト云フハ正確ナラス。反之、利息債權ヲ

二三a 約定重利　二三b 法定重利

元本債權ニ組入ルルコトナク本來ノ元本債權ニ對シテノミ利息債權ヲ生セシムルコトヲ單利ト云フ。我國ノ法律ハ重利ヲ禁セス。金錢消費貸借ノ場合ノ重利ハ毎一ケ年ノ始ニ於ケル元本債權ト其一ケ年ノ終ニ於ケル元利合計ヨリ右ノ元本ヲ控除シタル殘額トノ比例カ利息制限法ノ制限ヲ超過セサル限度ニ於テノミ裁判上保護ヲ受ケ得ルモノト解ス。重利ハ之ヲ分チテ約定重利ト法定重利ノ二種トス。左ニ之ヲ說明スヘシ。

二三a　約定重利　重利ハ契約ニ因リテ定マルコトアリ。之ヲ約定重利ト云フ。而シテ其約定ニ利息ノ辨濟期前ノ約定ト辨濟期後ノ約定トアリ。前者ヲ重利ノ豫約ト云フ（獨民二四八。瑞債三一四、三。佛民一一五四。舊民財產編三九四ハ之ヲ禁ス）。卽チ利息ノ辨濟期ニ之ヲ支拂ハサルトキハ當然元本ニ組入ルルト云フ特約又ハ辨濟期前一定ノ時期ニ於テ利息ヲ當然元本ニ組入ルルト云フ特約是也。辨濟期後ノ約定ハ利息ノ辨濟期到來シタル後當事者合意ニ因リテ之ヲ元本ニ組入ルル約定ヲ謂フ。

二三b　法定重利　重利ノ豫約ナキ場合ニ於テモ一定ノ條件存スルトキハ法律ノ規定ニ依リ債權者一方ノ行爲ヲ以テ利息債權ヲ元本債權ニ組入レ其合算額ニ對シテ更ニ利息債權ヲ生セシムルヲ得（民四〇五）。之ヲ法定重利ト云フ。其條件三アリ。（イ）利息カ一年分以上延滯シタルコト（ロ）債權者カ催告ヲ爲シタルコト（ハ）其催告ニ拘ラス債務者カ相當期間內ニ（金錢債務ニ付テハ民四一九、二ノ規定アル故「遲滯ナク」ト云ヒテハ語弊アリ）利息ヲ支拂ハサルコト是也。而シテ組入ヲ爲スニハ組入ノ意思表示ヲ爲スヲ要シ其意思表示ノ效力ヲ生シタル時ヨリ將來ニ向テ組入ノ效果ヲ生ス。又第四〇五條所謂利息ハ遲延利息（Verzugszins en）ヲモ包含ス（同旨勝本氏二七五頁。尙民五七五、二。六六九。七〇四。破三八。一七參照）。而シテ右（イ）（ロ）（ハ）ノ三要件具備スルトキハ元本カ既ニ消滅シテ利息ノミ殘存スル場合ニ於テモ組入ニ因リテ之ヲ元本ト爲スヲ得（同旨鳩山氏四九頁）。尙直接ニ法律ノ規定ニ因リテ生スル重利アリ。例ヘハ商法第二九五條、日本勸業銀行法第二二條、貯蓄銀行法第一條、農工銀行法第一四條ノ場合ノ如キ是也。

第六節　選擇債權

二四　選擇債權（Wahlschuld, olligation alternative）トハ數箇ノ給付中選擇ニ因リテ定マルヘキ更ニ少ナキ數箇又ハ一箇ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ謂フ。今例ヲ以テ說明スレハ (a) 池月、磨墨、如月、彌生ノ四頭ノ馬ノ中ヨリ選擇シタル一頭又ハ二頭ノ給付ヲ受クヘキ債權 (b) 米十俵、麥十五俵又ハ金百圓ノ何レヲ給付スヘキカカ選擇ニ因リテ定マル債權 (c) 甲乙丙丁四頭ノ馬、米十俵、金百圓ノ中何レカノ馬二頭、米十俵又ハ金百圓ノ何レヲ給付スヘキカカ選擇ニ因リテ定マル債權ノ如キ是也。選擇債權ハ法律行爲ニ因リ又ハ法律ノ規定（例、民一一十。四。六一、一。九六一）。ニ基キテ發生ス。

選擇債權ハ選擇後ニ於テハ最早選擇債權ニ非ス。選擇債權ハ一個ノ債權也（※數說也。反之、梅氏二八號四八頁以下ハ數個ノ債權也トナス）。而シテ結局ハ選擇ニ因リテ定マル給付ヲ目的トスルモノナレトモ選擇前ニ於テハ數個ノ給付ヲ目的トス。故ニ其給付カ特定物ノ引渡ヲ要スルトキハ選擇前ニ於テモ債務者ハ第四〇〇條ノ保管義務ヲ負フ（同旨中島氏三〇八頁。乾氏志林一一〇卷二號四一頁。反對勝本氏一七一頁）。而シテ其義務ハ選擇ノ結果（民四一一）遡リテ負フモノニ非ス遡リテ義務ヲ履行スルコトハ不能ナレハ也。然レトモ選擇前ノ危險負擔ニ付テハ第五三四條ノ適用ナク第五三六條ノ適用アルヘキモノトス（揭著各論一四七以下參照）。

二四a 種類債權ト選擇債權トノ差異

定シ得ヘキモノタル點ニ於テハ兩者同樣ナルモ次ノ二點ニ於テ異ナリ。

（イ）種類債權ニ在リテハ縱令此倉庫內ノ肥後米十俵ノ中五俵ヲ給付スヘシト云フカ如キ制限種類債權ニテモ其十俵ノ間ニハ互ニ代替性アリ。反之、選擇債權ノ場合ニ於テハ例ヘハ池月、磨墨、如月、彌生ノ四頭ノ馬ノ中二頭ヲ給付スヘキ債權ニ在リテモ其四頭ノ馬ノ間ニハ互ニ代替性ナシ。要スルニ種類債權ニ在リテハ其目的物ノ範圍ノ廣狹ハ別トシ其目的物ノ間ニ必ス代替性アリ。反之、選擇債權ニ在リテハ選擇ノ目的トナリ得ヘキ數箇ノ給付ノ間ニ代替性ナキモノトス。

（ロ）選擇債權ハ常ニ選擇權ヲ成立セシメ其行使ニ因リテ選擇債權特定スルモ種類債權ニ在リテ

ハ選擇權ヲ必要トセス。

二五 選擇債權ノ目的タル給付ノ客體若ハ種類ノ特定スルコトヲ選擇債權ノ特定ト云フ。特定ノ方法ニ三アリ。選擇權ノ行使ニ因ル特定、他ノ給付ノ不能ニ因ル特定及ヒ契約ニ因ル特定是也。而シテ契約ニ因リテ特定シ得ルハ自明ノコトナルカ故ニ此ニハ只前二者ニ付テノミ說明ス。

A 選擇權ノ行使　選擇債權ハ選擇權ノ行使ニ因リテ特定ス。左ニ選擇權者、選擇權行使ノ方法、共行使ノ效果及ヒ選擇權ノ性質ヲ說明ス。

（イ）第四〇六條ハ選擇權ハ債務者ニ屬スルコトヲ規定ス。蓋給付ノ範圍ヲ廣クシ其中ヨリ選擇シ得シムルハ通常債務者ノ利益ノ爲メナレハ債務者ニ其選擇權アリトナセルハ至當也。然レトモ此規定タルヤ任意規定ニシテ當事者ハ特約ニ因リテ其選擇權ヲ債權者又ハ第三者ニ屬セシメ得ルモノト解ス。

選擇權者カ選擇權ヲ行使セサルトキハ選擇權ハ移轉ス。卽チ其選擇權者カ債權者又ハ債務者ナル場合ニ若シ (a) 債權カ辨濟期ニ在ルコト (b) 相手方ヨリ相當ノ期間ヲ定メテ選擇ノ催告ヲ爲シタルコト及ヒ (c) 選擇權者カ其期間內ニ選擇ヲ爲ササルコトノ三要件具備スルトキハ是ニ因リ其選擇權ハ相手方ニ移轉ス（民四〇八）。又第三者カ選擇權ヲ有スル場合ニ其選擇ヲ爲ス能ハス又ハ之ヲ欲

セサルトキハ選擇權ハ債務者ニ移轉ス（民四〇九、二）。而シテ其欲セサルトキトハ外界ニ表ハレサル心裡ノ狀態ヲ謂フニ非スシテ第三者ヨリ債務者ニ對シテ其欲セサル旨ノ表示アリタル場合ヲ謂フモノト解ス。又辨濟期ニ在リテ第三者カ選擇ヲ爲シ能フニ拘ラス之ヲ爲サス選擇スルヲ欲セサル旨ノ表示モ爲ササルトキハ債權者又ハ債務者ハ第四〇八條ノ類推ニ依リ相當ノ期間ヲ定メテ第三者ニ其選擇ヲ催告シ得ヘク、其期間內ニ第三者ノ選擇ナキトキハ選擇權ハ債務者ニ移轉スルモノト解ス。選擇權拋棄ノ場合ニ付テハ規定ナキモ當事者カ拋棄シタル場合ニハ債務者ニ其選擇權移轉スルモノト解ス。

選擇權行使ノ方法

（ロ）　債務者又ハ債權者ノ有スル選擇權ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行ヒ（民四〇七、九七）、第三者カ有スル選擇權ハ債權者又ハ債務者ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行フ（民四〇九）。第四〇七條第一項ハ其文理ニ於テ單ニ債務者ノ有スル選擇權ノ行使ニ付テノミ規定スレトモ債權者ノ有スル選擇權行使ノ方法モ亦同一ニシテ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行フヘキモノト解ス。選擇權者又ハ選擇ノ意思表示ヲ受クヘキ者數人アルトキハ其意思表示ハ全員ヨリ又ハ全員ニ對シテ爲スヲ要ス（同旨勝本氏一八三頁）。

選擇權行使ノ效果

（ハ）　選擇權行使ノ效果ニ形式上ノ效果ト實質上ノ效果トアリ。形式上ノ效果ハ選擇ノ意思表示

ヲ撤回シ得サルコト也。但債權者又ハ債務者カ選擇ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニハ其相手方ノ同意アルトキ、又第三者カ選擇ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニハ債權者債務者雙方ノ同意アルトキニ限リ其撤回ヲ爲シ得ヘキモノト解ス（同旨鳩山氏五六頁、勝本氏一八六頁）。第四〇七條第二項ハ債務者ノ爲シタル選擇ノ意思表示ノ撤回ニ付テノミ規定スレトモ債權者又ハ第三者ノ爲シタル選擇ノ意思表示ノ撤回ニ付テモ亦右ノ如ク解セサルヘカラス。同項ニ所謂取消ハ意思表示ノ瑕疵又ハ行爲無能力ニ因ル取消ト異ナリ撤回ノ意也。

選擇權行使ノ效果ハ選擇債權ノ特定ナリ。而シテ其特定ハ債權發生ノ時ニ遡リテ效力ヲ生シ初ヨリ其特定シタル債權成立シ居タルト同一ノ結果トナル（民四一一。獨民二六三、二）。之ヲ選擇ノ遡及效ト云フ。

選擇ノ遡及效

此遡及效ニ對スル一ノ制限アリ。第三者ノ權利ヲ害スルヲ得サルコト是也（民四一一但書）。此規定ノ解釋ニ付キ五說アリ。第一說ハ選擇セラレタル給付カ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ナルトキハ債權者ハ初ヨリ其物權ヲ取得セルコトトナルカ故ニ同條但書ノ規定ハ其中間ノ時ニ其特定物ノ物權ヲ取得シタル第三者ノ權利ヲ保護センカ爲メノ規定ナルモ債權者カ第三者ノ權利取得前豫メ假登記ヲ爲シ置クトキハ其假登記ヲ爲シタル不動產ニ付テハ右但書ノ適用ナシト爲ス（梅氏四〇頁。橫由氏二一八頁以下。吾

遡及效ノ制限

卑見

孫子氏七。)第二說ハ第一說ハ債權契約ト物權契約トヲ混同スル佛法主義ニ基ケルモノニシテ我法律ノ解釋トシテ正當ナラス畢竟初ヨリ債權存在スルモ其爲メニ物權移轉スルコトナケレハ第三者ノ權利ノ害セラルヘキ場合ナク但書ハ無意義ノ規定也トナス(石坂氏一八八頁以下。嘉山氏五八頁等)。第三說ハ不動產上ノ權利ノ設定移轉ヲ目的トスル選擇債權ニ付キ不動產登記法第二條ニ依リ假登記ヲ爲シ選擇債權特定後本登記ヲ爲ストキハ其本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ルカ故ニ(登七)若シ選擇ニ遡及效ヲ認ムルトキハ是ニ因リ或ハ其本登記以前ニ成立シ且登記セラレタル第三者ノ權利ヲ害スルコトトナルヘキモ此場合ニ於テハ第四一一條但書ノ適用アリテ第三者ノ權利ヲ排斥スルヲ得ストナス(川名氏五八頁、中島氏三一〇頁、沼氏六二頁以下等)。第四說ハ選擇債權成立後債務者カ目的物ニ關スル物權ヲ第三者ニ讓渡シ未タ其對抗要件完成セサル間ニ選擇債權ノ特定ヲ生シ債權者カ第三者ニ先チテ物權ヲ取得シタルコトトナルモ第四一一條但書ハ此場合ニ第三者ノ物權ハ依然トシテ有效ニ存續スルコトヲ認メタルモノニシテ何レカ早ク對抗要件ヲ具備シタル方ニ物權ハ完全ニ移轉ストナス(勝本氏一九三頁)。

第五說ハ卑見也。惟フニ第四一一條但書ハ唯第三者ノ權利トノ關係ニ於テ選擇ニ遡及效ナキコトヲ定メタルニ過キス。由來我民法及ヒ不動產登記法カ佛法主義ノ影響ヲ受ケ今日ノ所謂物權契約ト債權契約トヲ混同シ契約ハ皆債權契約也トノ見解ノ下ニ制定セラレタルモノナルコトハ民法

カ契約ノ總則ヲ總則編ニ規定セスシテ債權編ニ規定シタルコト、第四一一條但書、第五四五條第一項但書ノ規定アルコト、不動產登記法第二條ニ權利ノ設定移轉又ハ消滅ノ請求權ト云フ語ヲ用キタルコト等ニ徵シテ明白也。卽チ民法ニ謂フ契約中ニ今日ノ所謂物權契約ヲ包含セサルモノトセハ物權契約、債權契約及ヒ其他ノ契約ニ共通ノ規定ヲ設クル爲メ契約ノ總則ハ之ヲ總則編ニ規定スヘカリシニ拘ラス總則編ニ規定セスシテ却テ之ヲ債權編ニ規定シタルノミナラス第四一一條但書ハ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉變更ヲ目的トスル選擇債權成立シテ其選擇アルトキハ物權的效力ヲ生スルコト、第五四五條第一項但書ハ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉變更ヲ目的トスル契約ノ解除ニ物權的效力ノ生スルコトヲ前提トセルモノト見ルニ非サレハ此等ノ但書ヲ設ケタルハ全ク無意味ニシテ若シ債權的效力ヲ生スルニ過キサルモノトセハ第二說ニ謂フカ如ク選擇ニ因リテ第三者ノ權利ヲ害スルコトハ絕對ニアリ得サルカ故ニ立法者カ右ノ如キ但書ヲ設ケタルハ則チ今日ノ所謂物權契約ヲモ債權契約ノ觀念中ニ包含セシメタルモノナルコトヲ示スモノト云ハサルヘカラス。又不動產登記法第二條ニ所謂請求權ハ例ヘハ旣ニ不動產ヲ讓受ケタルモ讓渡人カ其移轉登記手續ヲ肯セサル場合ニ於ケル其所有權若ハ始期附又ハ停止條件附ニテ物權讓受ノ物權契約ヲ爲シタル場合ニ於ケル其讓受人カ期限前又ハ條件成就前ニ於テ有スル權利ヲ謂フモノニシテ

其權利ハ債權ニモアラス請求權ニモアラス唯既ニ取得シタル物權若ハ將來取得スヘキ物權又ハ之ヲ取得スヘキ期待權ヲ謂フ也。故ニ例ヘハ甲カ後日乙ノ不動產ヲ讓受ケテ更ニ之ヲ丙ニ讓渡スヘキコトノ契約カ甲丙間ニ締結セラルルトキハ丙ハ甲ニ對シテ其物權移轉ノ請求權ヲ取得スヘキモ未タ物權的效力ヲ生セサルカ故ニ丙ハ其請求權ノ假登記ヲ爲スヲ得ス。同條第二號ニ依リテ假登記ヲ爲シ得ルハ既ニ若ハ始期附又ハ停止條件附ニテ物權的效力ヲ生シ居ル場合ニ限ル。然ルニモ拘ラス同條カ請求權ナル語ヲ用キタルハ立法者カ物權契約ト債權契約トヲ混同シ今日ノ所謂物權契約ニテ債權發生ノ餘地ナキ契約ノ場合ニ於テモ一旦ハ債權發生シ其結果物權ノ設定移轉變更ヲ生スルモノト誤解シタルカ爲メ也ト云ハサルヘカラス。

上述ノ如クナルヲ以テ民法カ債權ト云フモ例ヘハ債務者ニ屬スル特定物ニ關スル物權ノ移轉ヲ目的トスル選擇債權ナルトキハ選擇ト同時ニ當然物權ノ移轉ヲ生スルコト疑ナキカ故ニ第二說ノ不當ナルヤ論ヲ竢タス。而シテ又例ヘハ甲カ自己所有ノ土地又ハ家屋ヲ選擇シテ乙ニ讓渡スヘキ契約ヲ爲ストキハ此ニ乙ハ選擇債權ヲ取得シ將來其土地又ハ家屋ノ所有權ヲ取得スヘキ物權的效力ヲ生スルモノナルモ其選擇アルマテハ其土地及ヒ家屋ハ依然トシテ甲ノ所有ナルカ故ニ甲ハ自己ノ有スル權利ノ範圍ニ於テ之ヲ第三者ニ讓渡シ第三者モ亦乙ノ權利ヲ害セサル範圍ニ於テ甲ノ

權利ヲ讓受ケ得ルモノト云ハサルヘカラス。而シテ此ニ乙ノ權利ヲ害セサル範圍ニ於テト云フハ卽チ選擇ノ結果所有權カ乙ニ歸屬スルコトヲ妨ケサル狀態ニ於テト云フコト也。然レトモ其選擇ノ效果カ遡及スルモノトスルトキハ第三者ハ無權利者ヨリ讓受ケタルコトトナリ其讓受後選擇マテニ取得シタル果實ノ返還、必要費ノ償還等（民一八九。一九六等參照。）複雜ナル關係ヲ生スルノミナラス不當ニ第三者ノ利益ヲ犧牲ニシテ乙ノ利益ヲ保護スルカ如キ結果トナリ妥當ヲ缺クカ故ニ第四一一條但書ハ第三者ノ權利トノ關係ニ於テハ遡及效ヲ生セシメス唯將來ニ向テ其效力ヲ生セシムルノ法意也ト解セサルヘカラス。文理解釋ニ依ルモ右但書ハ選擇カ遡リテ其效力ヲ生スルノ結果第三者ノ權利ヲ害スルコトナカラシムルノ法意タルニ止マリ將來ニ向テ其效力ヲ生スルノ結果第三者ノ讓受ケタル土地又ハ家屋カ選擇セラレタルトキハ其土地又ハ家屋ハ第三者ヨリ乙ニ移轉スルモノニシテ此事ハ第三者ノ豫期スヘキ所ナルカ故ニ第三者ハ意外ノ不利益ヲ受クルモノト云フヲ得ス。然レトモ選擇債權者タル乙カ豫メ假登記ヲ爲シ置カサルトキハ其第三者ニ對抗シ得サル場合ヲ生スヘキコト勿論也。反之、豫メ假登記ヲ爲シ置クトキハ乙ハ其假登記後ニ權利ヲ取得シ本登記ヲ爲シタル第三者ニモ對抗シ得ヘク選擇ト同時ニ第三者ノ權利ハ當然乙ニ移轉スヘキ也。然レ

選擇權ノ性質

トモ如何ナル場合ニ於テモ第三者ハ遡リテ其權利ヲ喪失スルコトナク第四一一條ニ但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得スト云フハ卽チ此事ヲ指スニ外ナラス。左レハ第一說カ選擇債權者カ第三者ノ權利取得前豫メ假登記ヲ爲シ置クトキハ其不動產ニ付キ右但書ノ適用ナシトスルハ採リ難ク明ニ明文ニ反シ且實際上不當也。又第三說カ選擇債權假登記後選擇前第三者カ權利ヲ取得シ其登記ヲ爲ストキハ其不動產ノ選擇アリタル場合ニ於テモ債權者カ第三者ノ權利ヲ排斥シ得サルモノトナスハ右但書ノ誤解ニシテ第三者カ惡意ヲ以テ選擇債權者ノ權利ヲ侵害スルコトヲモ許容スルコトトナリ第一二八條第一二九條不動產登記法第二條ニ依リテ顯ハレタル法ノ精神ニモ反ス。第四說ハ第三說ト同樣ノ缺點アルノミナラス債權者ノ物權取得カ遡及シテ第三者ノ取得當時讓渡人タル債務者カ無權利者ナリシコトトナルコトヲ認メナカラ仍ホ第三者ノ權利取得ヲ有效トスルノ不合理アリ且對抗要件具備前ニ於ケル物權カ共有者ニ非サル債權者及ヒ第三者ニ兩屬スルコトヲ認ムルモノニシテ事物ノ性質ニ反ス。

（ニ）選擇權ハ選擇權者一方ノ意思表示ニ依リテ之ヲ行使シ以テ法律上ノ變動ヲ生セシムルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ一種ノ形成權也（同旨鳩山、氏五八頁）。

B　他ノ給付ノ不能　選擇債權ハ又其目的タル給付ノ中履行不能ナルモノヲ生スルニ因リテ

一給付ノ一部不能ノ場合

特定スルコトアリ。其場合三アリ。次ノ如シ。

（イ）當初ヨリ給付ノ不能ナルモノアル場合　（ロ）後ニ至リ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ給付ノ不能トナリタルモノアル場合　（ハ）選擇權ヲ有スル者ノ過失（此過失ハ廣義ニテ責ニ歸スヘキ事由ノ義ト解ス三七a參照）ニ因リテ給付ノ不能トナリタルモノアル場合　以上三種ノ場合ニ於テ尙殘存スル可能ノ給付中ヨリ更ニ選擇スヘキトキハ其可能ノ給付ニ付キ依然トシテ選擇債權存在スルモ更ニ選擇スヘキ餘地ナク殘存スル給付全部ヲ履行スヘキ場合ニ於テハ選擇債權ハ此ニ特定ス（民四一〇。立法論トシテハ（ハ）ノ場合ハ特定ニ影響ナシトスル方可ナラン。倘勝本氏一九六頁參照）。而シテ此特定ハ唯將來ニ向テノミ效力ヲ生シ遡及效ヲ生セス。是レ選擇權行使ノ場合ト異ナリ其遡及效ヲ認ムヘキ特別ノ規定ナケレハ也。

右ノ場合ト異ナリ選擇權ヲ有セサル當事者ノ過失（故意ナラサルモ含ム）ニ因ル給付不能ノ場合ニハ選擇權ハ依然トシテ存在シ選擇債權特定セス（民四一〇、二）。選擇權ヲ有スル當事者ト有セサル當事者ノ共同過失ニ因ル給付不能ノ場合亦同シト解ス（同旨勝本氏一九五頁以下）。此ニ當事者ト云フハ債權債務ノ當事者ニシテ卽チ債權者又ハ債務者也。

一ノ給付ノ一部カ不能トナリタル場合ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナシ。若シ特約アルトキハ是ニ依ルコト勿論ナルモ、特約ナキ場合ニ於テハ一部不能ノ爲メ其給付ヲ受クヘキ債權發生ノ目的ヲ達シ得サルヤ否ヤニ依リテ區別シ、達シ得サル場合ニハ其ノ給付カ不能ナルト同視シ、達シ得

ル場合ニハ可能ナルモノトシテ取扱フヘキモノト解ス（同旨鳩山氏六一頁。富井氏一九三頁。勝本氏一九九頁等參照）。

第七節　任意債權

二六　任意債權（Schuld mit Ersetzungsbefugnis; S. mit alternativer Ermächtigung; obligatio facultativa）トハ債務者ニ於テ債權ノ目的ニ非サル限定セラレタル他ノ給付（代用給付）ヲ爲スニ因リテ其債務ヲ免レ得ヘキ債權、若ハ債權者ニ於テ其債權ヲ他ノ債權ニ變更シ得ヘキ債權ニシテ、前者ハ之ヲ債務者ノ任意債權ト云ヒ、後者ハ之ヲ債權者ノ任意債權ト云フ。例ヘハ馬一頭ヲ給付スヘキ債務者カ馬ノ給付ヲ欲セサルトキハ金千圓ヲ給付シテ其債務ヲ免レ得ヘキ場合ニ於ケル其債權ノ如キハ債務者ノ任意債權也。又債權者ニ於テ其馬ノ給付ヲ受クルヲ欲セサルトキハ馬ニ代ヘテ金千圓ヲ請求シ得ヘク、其千圓ノ請求アリタルトキハ馬ノ債權ハ消滅シテ金千圓ノ債權トナル場合ニ於ケル其馬ノ債權ノ如キハ卽チ債權者ノ任意債權也。債權ノ目的タル給付カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ不能トナリタルトキハ任意債權ハ爾後損害賠償ニ付キ存續ス（結果同勝本氏二〇三頁）。

債權カ任意債權トナルハ例ヘハ第四六一條第二項ノ場合若ハ第七二三條ニ依リ損害賠償ニ代ヘ名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ヲ請求スル場合ノ如ク法律ノ規定ニ依ルコトアリ、又當事者ノ契約ニ依ルコトアリ。而シテ當事者ノ契約ニ依リテ債務者ノ任意債權トナスハ卽チ代物辨濟（民四八二條參照）ノ豫約也ト云フヲ得ヘシ（同旨梅本氏二五五頁、中島氏二五三頁。反對勝本氏二〇二頁、磯谷頁二一六頁等）。債權ノ目的タル給付カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ一部不能トナルトキハ特別ノ事情ナキ限リ代用給付モ亦其割合ニ應シテ減少ス（同旨勝本氏二〇五頁）。

第八節　損害賠償債權

二七　總說　(1)　損害（damnum; Schaden; dommage）トハ或事實ニ因リテ被ル財產的又ハ非財產的ノ不利益也。損害ニ積極的損害（damnum emergens; positiver Schaden）ト消極的損害（lucrum cessans; negativer Schaden; entgangener Gewinn）トアリ。前者ハ既存ノ利益ノ滅失又ハ減少ニシテ後者ハ將來ノ利益ノ獲得ヲ妨ケラレタルコト也。

(2)　損害賠償トハ他人ノ受ケタル損害ヲ塡補スルコト也。其方法ニ原則トシテ見ルヘキモノ二アリ。金錢ノ支拂ニ依ル方法ト事實的原狀回復ノ方法ト是也。我民法（四一七。七二。七二三）ハ前者ヲ原則トシ當事者カ別段ノ意思表示ヲ爲シタルトキ又ハ法律ニ別段ノ規定アルトキハ之ニ從フヘキモノトス。反之、獨逸民法（二四九乃至二五一）ハ原狀回復ノ方法ニ依ルヲ原則トス。而シテ右別段ノ意思表示ハ默示ニテモ可ナルコト勿論ニシテ例ヘハ殺ノ消費貸借ニ於テ月一分ノ利殺ノ約定アルトキハ反對

ノ事情ナキ限リ元本債務不履行ニ因ル損害モ同率ノ利ヲ以テ賠償スヘキ旨ノ別段ノ意思表示カ暗默ノ間ニ爲サレタルモノト解スルヲ相當トス（損害賠償トシテ利息相當ノ請求ヲ是認シタル判例學說アリ正一〇、五、一八大判民錄九三九頁。勝本氏三七二頁）

(3) 損害賠償債權トハ他人ヨリ損害ノ塡補即チ賠償ヲ受クル債權也。其債權發生ノ原因種々アリ。債務ノ不履行及ヒ不法行爲ハ其主ナルモノナルモ、此二者ニ限ラス其ノ他ニモ之アリ。法律（例、民一一七。二〇九、二一〇。二二一。二二二、一但書。二三二。四四二、二等）ニ特ニ規定スル事實又ハ保險契約ノ如キ是也。

(4) 債務不履行ニ因ル損害賠償債權カ本來ノ債權ト同一ナリヤ否ヤニ付テハ議論アリ。積極說ヲ通說トシ消極說ハ少數也（川名氏二八六頁。乾氏志林一。岩田氏九七頁等）。而シテ積極說ハ債權ノ同一性ヲ認メ是ニ因リテ時效ノ起算點ヲ本來ノ債權ニ付テ定メ且擔保權ノ存續ヲ認メントスルモノ也。然レトモ本來ノ債權カ履行不能トナリタル爲メ發生シタル損害賠償債權ノ如キハ前者ノ消滅ヲ原因トスルモノナレハ其消滅ノ結果發生シタル債權カ消滅シタル債權ト同一也ト云フカ如キハ全ク矛盾セル不條理ノ觀念也。殊ニ遲延利息外ノ損害賠償ノ債權ニ付テ考フルトキハ其目的タル給付ノ內容カ本來ノ債權ノ目的タル給付ノ內容トハ全ク別個ニシテ給付ノ內容カ本來ノ債權ノ要素ヲ爲スモノナレハ互ニ要素ヲ異ニスル本來ノ債權ト是ニ代ル損害賠償ノ債權トカ同一也ト云フハ全ク理由ナキ見解也ト云ハサルヘカラス。左レハ時效ノ起算點ニ付テ考フルモ損害賠償ノ債權自體ハ本來ノ債權ト同

損害賠償債權ハ本來ノ債權ト同リヤ

一ナラサルカ故ニ前者ノ時效ハ其債權發生ノ時ヨリ進行スルモノニシテ後者ノ時效ニ從フヘキモノニ非ス。而シテ斯ク解スルトキハ實際ノ結果ニ於テモ穩當也。次ニ擔保權ニ付テ考フルニ擔保契約ヲ爲ス者ハ本來ノ債務ノ履行ヲ擔保シ得ル場合ニハ其履行及ヒ不履行ニ因ル損害賠償ノ債權ヲ併セテ擔保スル意思ヲ有シ單ニ損害賠償ノ債權ヲ擔保スル意思ヲ有スルモノト云ハサルヘカラス（五八。民三四六。三七四。四四七等參照）。レアルヘキ損害賠償ノ債權ハ本來ノ債權ト同一ナラストスルモ其損害賠償ニ付キ擔保權ノ存スルコトハ當然也ト云ハサルヘカラス。

損害賠償債權成立ノ要件

二八　損害賠償債權成立ノ要件三アリ、左ノ如シ。

Ⓐ　損害ノ發生　損害賠償債權ノ成立ニハ必スヤ債權者ニ損害發生シタルコトヲ要ス。英米法ニ於テハ名義上ノ損害(nominal damage)ト云フモノヲ認メ例ヘハ權利ノ侵害ハ縱令事實上損害ヲ伴ハサルモ法律上損害アリトシテ名義ノ爲メ極メテ少額ノ賠償ヲ爲サシムト云ハル。然レトモ何等ノ損害ナキニ拘ラス賠償ヲ爲サシムト云フハ全ク不條理ナルカ故ニ所謂名義上ノ損害ハ其實損害ナキニ非スシテ自由ノ侵害ニ因リテ生シタル非財產的ノ損害ヲ意味スルモノト解スルヲ相當トス。

Ⓑ　責任原因ノ存在　責任原因トハ損害賠償債務ヲ負擔スルニ付キ債務者ニ存スヘキ要件也。

責任原因ハ原則トシテ契約ト過失（故意ヲ含ム。一一a三七a參照）ニ分ル。之ヲ過失主義（Verschuldungsprinzip）ト云フ。ローマ法以來諸國法制ノ採ル所ニシテ我民法亦之ニ倣フ。而シテ過失ハ常ニ違法性ヲ有ス（被害者ノ過失ニ付テハ二九b(1)參照）。更ニ例外トシテ契約又ハ過失ニ非サル責任原因アリ。廣義ノ不當利得其他法律（例、民一四一七、一〇。一一九）ノ特ニ定ムル關係卽チ是也。此ニ廣義ノ不當利得トハ通常ノ不當利得卽チ狹義ノ不當利得ヲ包含スルコト勿論ナルモ其外尙一定ノ行爲ニ因リ現實ニ利得ヲ爲ササルコトアルモ一般的ニ觀テ其行爲ニ因リ債權者ニ加フル損害以上ノ利益ヲ直接又ハ間接ニ社會ノ爲メ生セシムヘキカ故ニ其行爲カ法律上許容セラルル場合ニ於ケル其行爲ヲ謂フ也。不當利得ノ返還ハ通常損害ノ賠償ト云ハサルモ是レ亦債權者ニ生シタル損害ノ塡補ニ外ナラサルカ故ニ性質上損害賠償ノ一種タルヲ失ハス。而シテ第二〇九條第二項ニ依ル損害賠償ノ如キモ不當利得ノ返還ニシテ隣地使用ニ因リテ受クヘキ利益カ其使用ニ因リテ隣地所有者ノ受クヘキ損害ヨリ大ナル場合ニ於テノミ其使用ハ許容セラルヘキモノトス。第二四八條ニ依ル損害賠償ノ如キモ亦一種ノ不當利得ヲ原因トス。又近世發達シタル汽車電車造船業ノ如キハ其事業ニ因リテ第三者ノ生命身體ヲ害スルコトアルハ通常豫期スヘキ所ナルモ仍ホ其事業ノ許容セラルルハ通常第三者ノ生命身體ヲ害スルニ因リテ生スル損害ヨリモ其事業ニ因リテ社會ノ受クル利益カ一層大ナルニ因ルモノニシテ其事業ニ因リテ

直接ニ最モ大ナル利益ヲ受クル者ハ其事業者ナルカ故ニ其事業ニ因リテ通常生スルコトアルヘキ第三者ノ損害ハ不當利得ノ法理ニ依リ事業者ニ於テ賠償スヘキモノト云ハサルヘカラス。狹義ノ不當利得ノ外尙右ノ如キ廣義ノ不當利得ヲ認ムルハ理論ト實際ニ適スルモノト信ス。

C　因果關係又ハ牽連關係ノ存在　契約又ハ過失カ責任原因タル場合ニハ契約ニ定メタル事實又ハ過失ト損害トノ間ニ因果關係アルコトヲ要シ、其他ノ事項カ責任原因タル場合ニハ該事項ト損害トノ間ニ牽連關係アルコトヲ要ス。左ニ因果關係並ニ牽連關係ノ意義及ヒ因果ト責任ノ關係ヲ說明スヘシ。

（イ）因果關係　因果關係（Kausalzusammenhang; causalité）トハ甲ノ事實ナカリセハ乙ノ事實ヲ發生セス又ハ其發生ノ力ヲ減シタルヘカリシ場合ニ於ケル甲乙ノ關係ヲ謂フモノニシテ、甲ヲ原因、乙ヲ結果ト云フ。例ヘハ甲カ發砲シテ乙ノ頭部ヲ貫キ卽死セシメタルトキハ甲ノ行爲ナカリセハ乙ノ死ナカルヘカリシモノナレハ甲ノ行爲ハ乙ノ死ノ原因ニシテ其間ニ因果關係アリ。又甲ト乙トノ發砲シタル砲丸カ同時ニ丙ノ頭部ヲ貫キ卽死セシメタルトキハ甲又ハ乙一方ノ行爲ナカリシモノトスルモ仍ホ丙ノ死ハ生シタルヘキモノナルモ其何レカノ行爲ナカリセハ丙ノ死ヲ來スヘキ力ヲ減シタル

率連關係

ヘキモノナルカ故ニ甲乙何レノ行爲モ丙ノ死ノ原因ニシテ丙ノ死トノ間ニ因果關係アリ。左レハ原因ト結果トハ時ヲ異ニシ其間ニ必ス前後ノ關係アルモノトス。廣義ノ牽連關係ハ因果關係ヲ包含シ因果關係ハ卽チ前後ノ關係アルモノトス。廣義ノ牽連關係ハ因果關係ヲ包キハ狹義ニシテ前後ノ關係ナキ牽連關係ノミヲ意味ス。例ヘハ甲ノ財產ヲ乙カ取得シタルコトカ乙ノ不當利得トナル場合ニハ甲ノ損失ト乙ノ利得トノ間ニハ牽連關係アルモ前後ノ關係ナク隨テ因果關係ハ存在セサルモノトス。

（ロ）因果ト責任ノ關係　學者多ク法律學上ノ因果ノ概念ヲ法律ノ目的ニ從ヒテ定メントスルモ是レ全ク因果關係ノ有無ト責任ノ有無トヲ混同スルモノ也。惟フニ因果關係ハ物理上ノ概念ナルカ故ニ因果關係ノ有無ハ單ニ物理的ニ考察スヘク、之ヲ物理的ニ考察シテ因果關係アル場合ニ其結果ニ付キ責任アリヤ否ヤハ更ニ當事者ノ契約、故意過失、不當利得又ハ法律ノ特ニ定ムル關係ノ有無ニ依リテ決スヘキモノトス。因果關係ニ付キ適當條件說又ハ相當因果關係說（Theorie der adäquaten Verursachung）ナルモノアリ。是レ或事實カ現實ノ場合ニ結果發生ノ條件タルノミナラス一般ノ場合ニモ亦同樣ノ結果ヲ發生セシムルニ適スルヤ否ヤニ因リテ因果關係ノ有無ヲ定メントスル學說ニシテ此說ヲ採用スル者多シ。然レトモ此學說モ亦因果關係ノ有無ト責任ノ有無トヲ混同セルモノニシテ正當ナラサルノミナラス結果ニ付キ故意アリテ不法ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ其故意ノ及フ限リ如何ニ間接ノ結果ニテモ又如何ニ稀有ナル結果ニテモ是ニ付キ責ヲ負フヘキハ當然ナルニ此說ニ依ルトキハ其ノ責ヲ負ハシメ得サル實際上ノ不都合アリ。惟フニ故意ナキ場合ニ於テハ一般ノ場合ニ通常生スヘキ結果ヲ豫見セサリシトキハ過失アリト云ヒ得ルヲ以テ其ノ結果ニ付テハ責任アルモ稀ニ發生スヘキ結果ニ付テハ通常過失アリト云フヲ得サルカ故ニ縱令因果關係アルモ責任アリト云フヲ得ス。故ニ故意ナキ結果ニ付テハ相當因果關係說ニ依リテ實際上ノ不都合ヲ生スルコトナキモ是レ其ノ說ノ正當ナルカ爲メニハ非スシテ偶々結果ノ妥當ナルニ過キサル也。

通常生スヘキ損害

二八a　債務不履行ニ因ル損害賠償ノ範圍　民法ハ其範圍ヲ分チテ通常生スヘキ損害ト特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ノ二種トナス（何其範圍及ヒ數額ニ付テハ抽著各論**九八三**以下參照）。

（イ）通常生スヘキ損害　債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ハ常ニ之ヲ賠償スルコトヲ要ス（民四一六）。通常生スヘキ損害トハ特別ノ事情ニ因リ生シタル損害ニ對スルモノニシテ其種ノ債務不履行アルトキハ通常生スヘキ損害ヲ謂フ。例ヘハ一日通常十圓ノ純益ヲ得ヘキ機械ノ修繕ヲ託サレタル債務者カ其修繕ヲ十日間遲滯シタル爲メ債權者カ其間機械ノ使用ヲ爲ス能ハス百圓ノ損害ヲ受ケタリトセハ是レ其通常生スヘキ損害ナルカ故ニ債務者ハ之ヲ賠償セサルヘカラス。

特別事情ニ因ル損害

（ロ）特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害　此損害ハ債務者カ其特別ノ事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシ場合ニ於テ之ヲ賠償スルヲ要ス（民四一六、二）。例ヘハ（イ）ノ設例ノ遲滯ノ中最後ノ三日間ハ債權者カ其機械ヲ使用シテ爲スヘキ仕事ヲ第三者ヨリ普通ノ倍額ノ報酬ニテ請負ヒ一日二十圓宛ノ純益ヲ得ヘカリシモ債務者遲滯ノ結果其請負ヲ爲スヲ得ス右ノ純益ヲ得サリシ場合ニハ其純益中通常ノ純益ヲ超過スル部分ナル三十圓ノ純益ヲ得サリシ損害ハ卽チ右ノ如キ有利ナル請負ヲ爲スヲ得サリシト云フ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ニシテ債務者カ此特別ノ事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシ場合ニ於テハ債務者ハ前示十日間ノ通常生スヘキ損害金百圓ノ外尙右特別ノ事情ニ因リテ生シタル金三十圓ノ損害ヲモ賠償スヘキモノトス。法文ニハ當事者カ其事情ヲ豫見シ云々トアレトモ其當事者ト云フハ卽チ債務者也。之ヲ通說トス（反對川名氏一九六頁）。豫見云々ノ時期ニ付テハ債權成立ノ時ト解スル說（多數說）トアルモ前者ハ不當ニシテ後者ハ正確ナラス。相當ノ注意ヲ以テセハ債務ヲ履行シテ其損害ヲ未發ニ防キ得ヘキ時間アル時ト解スルヲ正當トス（同旨勝本氏三、七七頁註二）。卽チ債權成立後ニ至リテ特別ノ損害ヲ生スヘキ事情發生シ債務者カ之ヲ知リナカラ殊更ニ履行ヲ遲滯シテ其損害ヲ發生セシメタルカ如キ場合ニ於テハ其損害カ通常生スヘキ損害ヨリ大ナル場合ト雖モ是レカ賠償ノ責任アルニ反シ既ニ其特別ノ事情ヲ豫見スルモ爾後相當ノ注意ヲ用キテ仍ホ其損害ヲ防クコト能ハサリシ場合ニ於テハ是レカ賠償ノ責任アリト云フヲ得ス此場合ニ於テハ唯通常生スヘカリシ程度ノ損害ヲ賠償スル責任アリト云ハサルヘカラス。例ヘハ履行ヲ爲スニハ是ニ著手シテ三日間ヲ必要トスヘキ債務ノ履行ヲ怠リ居ル場合ニハ直ニ其履行ニ著手スルモ以テ其損害ヲ賠償スヘキ責任アルモノト云フヲ得ス、唯通常生スヘカリシ程度ノ損害ヲ賠償スヘキモノト云ハサルヘカラス。要之、特別ノ事情ニ因ル損害ハ債務者カ相當ノ注意ヲ以テセハ其履行ヲ爲シ得ヘキ時間ノ餘裕アル時ニ於テ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシニ拘ラス其履行ヲ爲ササルカ爲メ其損害ヲ生シタル場合ニ於テ之ヲ賠償スヘキモノトス。而シテ豫見シ得ヘカリシトハ豫見セサリシコトカ債務者ノ過失ニ出テタルコトヲ謂フ也。

二九　損害賠償ノ範圍ニ關スル特則

（二八a）ノ如クナルモ此原則ニ對シテ三個ノ例外アリ。損害賠償額ノ豫定、過失相殺及ヒ金錢債務不履行ニ因ル損害賠償卽チ是也。

二九a　損害賠償額ノ豫定

賠償額ノ豫定ト特別事情ニ因ル損害

(イ)　損害賠償額豫定ノ性質　損害賠償ヲ請求セントスル者ハ損害額ノ立證ニ困難ヲ感シ是レカ爲メ其權利ヲ行使スルコト能ハサル場合少ナカラス。是レ當事者カ豫メ契約ヲ以テ賠償額ヲ定ムルコトアル所以也。斯ル契約ヲ損害賠償額豫定ノ契約ト云フ。

民法ハ債務不履行ニ因ル損害賠償額ノ豫定ニ付テノミ規定ス(民四二〇)。然レトモ當事者ハ其他ノ損害賠償額ノ豫定モ亦爲スコトヲ得。豫定ノ時期ニ付テハ損害發生前ナルヲ要スル外何等ノ制限ナシ。賠償ノ額トハ賠償トシテ給付スヘキ金錢其他ノモノノ數額分量ヲ謂フ。然レトモ當事者カ金錢ニ非サルモノヲ損害ノ賠償ニ充ツヘキ旨定メタル場合ニハ其額ヲ豫定スルモ第四二〇條ニ所謂損害賠償ノ額ヲ豫定シタルモノニ非ス。蓋第四二一條ニ於テ前條ノ規定ヲ此場合ニ準用スル旨規定スレハ也。

損害賠償額豫定ノ契約ハ債務ノ不履行其他一定ノ事實ニ因リテ通常生スヘキ損害ニ付テノミ締結セラルルモノニシテ其外債務者ノ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ特別事情ニ因ル損害ニ付テハ締結セラレス假ニ締結セラルルモ公序良俗ニ反シ其效ナキモノト解スルヲ相當トス。故ニ例ヘハ毎早朝一定ノ馬糧ヲ供給スヘキ債務ノ履行ヲ遲滯スルトキハ債權者ハ幾分高價ニテ急遽他ヨリ買入ノ費用ト手數ヲ要スルニ因リ一回ノ遲滯ニ付キ損害賠償ノ額ヲ金十圓ト豫定シ置キタルニ或朝債

豫定ノ容體

務者カ履行セサルトキハ債權者カ他ヨリ馬糧ヲ得ル能ハスシテ債權者ノ價千圓ノ馬カ餓死スヘキ特別ノ事情アルコトヲ債務者カ知リナカラ履行セサルニ因リ其馬餓死シテ債權者ニ金千圓ノ損害ヲ生シタルカ如キ場合ニ於テハ債權者ハ右豫定ノ十圓ノ外尙千圓ノ賠償ヲ請求シ得ヘキモノトス。次ニ債務不履行ニ因ル損害賠償額ヲ豫定シタル場合ニ於テハ特別ノ意思表示ナキ限リ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ル不履行アリタル場合ニ付テノミ契約シタルモノト解スルヲ相當トス(同旨勝本氏四五六頁。中島氏五九五頁等)。

(ロ)　賠償額豫定ノ效力

(1)　賠償額ノ豫定ハ損害ノ發生其モノニ付テモ效力アリトナスヲ多數說トス(正一一、七、二六大判民集四三二頁。明四〇、二、二大判民錄三六頁。鳩山氏八五頁。沼氏一一四頁。嘉山氏一一一頁等)。然レトモ惟フニ賠償額ノ豫定ハ單ニ事實上生スヘキ損害ニ付キ賠償トシテ給付スヘキ額ヲ豫定スルニ止マリ損害ノ發生マテ豫定スルモノニハ非スト解スルヲ正當トス(同旨石坂氏三五六頁)。然レトモ不履行アルトキハ通常損害ヲ生スルカ故ニ不履行ノ事實ヲ認メ得ル場合ニ於テハ債權者ハ敢テ損害發生ノ事實ヲ立證スルヲ要セス債務者カ損害ノ發生ヲ爭フトキハ債務者ニ於テ損害ノ發生セサリシコトヲ立證セサルヘカラス(同旨勝本氏四五三頁以下)。故ニ例ヘハ米百俵ヲ給付スヘキ債務ニ付キ其履行ヲ延滯シタルトキハ一日十圓宛ノ損害ヲ賠償スヘキコトヲ豫定シタルモ

期日ニ履行シタリトセハ其晩火災ニ罹リ悉ク烏有ニ歸シタルヘカリシヲ一日遲延シテ翌日給付シタルカ爲メ火災ヲ免レタルカ如キ場合ニ於テハ債務者ハ其事實ヲ證明シテ十圓ノ損害賠償ノ請求ヲ排斥シ得ヘキ也。又斯ル場合ニ債權者カ損害賠償トシテ其十圓ヲ請求スルノ如何ニ信義ノ原則ニ反スルカハ言ハスシテ明也。反對論ハ第四二〇條第一項ノ文理解釋ヨリ見ルモ不當也。

豫定額ノ增減

(2)　豫定セラレタル賠償額ハ裁判所之ヲ增減スルヲ得ス(民四二〇、一)。故ニ當事者モ反證ヲ擧ケテ豫定額ヲ動カスコトヲ得ス。但利息制限法第五條ハ此原則ニ對スル例外ヲ規定ス。又賠償額ノ豫定ハ過失相殺(二九b參照)ヲ妨ケス(同旨勝本氏四五六頁。沼氏一二五頁)。

賠償額ノ豫定ト本來ノ債務ノ履行請求

(3)　賠償額ノ豫定ト履行ノ請求又ハ契約ノ解除(民四二〇、二)　履行遲滯ニ因ル損害賠償額ノ豫定ヲ爲スモ本來ノ債務ノ履行ヲ請求シ得ルヤ論ヲ竢タス。此場合ニ於テハ豫定セラレタル損害ノ賠償ト併セテ請求シ得ヘキ也。然レトモ賠償額ノ豫定ニハ一定ノ期間內ニ履行セサルトキ又ハ履行不能トナリタルトキハ本來ノ債務ニ代ルヘキ損害賠償額ヲ豫定スルモノアリ。此場合ト雖モ辨濟期到來後其期間經過前又ハ履行不能トナラサル間ハ債權者ハ本來ノ債務ノ履行ヲ請求シ得ルコト勿論ニシテ卽チ賠償額ノ豫定ハ本來ノ債務ノ履行ノ請求ヲ妨ケサルモ、唯其期間經過シ若ハ履行不能トナリタルトキハ是レニ因リ本來ノ債權ハ當然消滅スルカ故ニ債權者ハ唯豫定セラレタル損害賠償ノミ請求スルヲ得。

賠償額ノ豫定ト解除

次ニ賠償額ノ豫定ハ如何ナル場合ニモ契約ノ解除ヲ妨ケス。然レトモ契約ヲ解除スルトキハ豫定シタル賠償額ノ全部又ハ一部ヲ請求シ得サルニ至ルヲ原則トス(受贈者カ不履行ヲ理由トシテ贈與チ解除シタルカ如キ場合ハ例外也)。卽チ債務ノ不履行ナク不履行ヲ理由トセサル解除ノ場合ニハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケサルカ故ニ(民五四、三)豫定セラレタル賠償額ニテモ旣ニ發生シタル損害ニ付テハ原狀回復ニ因リ塡補セラレサル限度ニ於テ其賠償ヲ請求シ得ヘク又本來ノ債務ニ代ルヘキ損害賠償額ヲ豫定シタル場合ニ未タ本來ノ債務ニ代リテ其豫定セラレタル賠償額ノ債務カ發生セサル間ニ不履行ニ因リ契約解除セラレタルトキハ賠償額ノ豫定ハ其目的ヲ失ヒ解除當時ニ於ケル本來ノ債權ノ價額カ原狀回復ニ因リテ得ヘキ利益ヨリ大ナル場合ニ於テノミ其差額ヲ損害賠償トシテ請求シ得ヘキモノトス。例ヘハ甲カ乙ヨリ米百石ヲ三千圓ニテ買受ノ契約ヲ爲シ米ノ引渡期限六月五日、延滯一日毎ニ損害金三圓ヲ支拂フヘク、七月十日迄ニ引渡ヲ爲ササルトキハ米ノ代リニ損害賠償トシテ金三千三百圓ヲ支拂フヘク、代金支拂期ハ六月末日ト定メタリトセヨ。然ルニ乙カ其引渡ヲ延滯シタルニ因リ六月末日甲カ契約ヲ解除シ同日ノ米百石ノ價三千二百圓ナリシ

トセヨ。此場合ニ六月末日乙ノ履行アリシモノトセハ甲ノ受クヘカリシ利益ハ米百石價三千二百圓及ヒ六月六日ヨリ六月末日迄ノ延滯ニ因ル豫定損害金七十五圓合計金三千二百七十五圓ニシテ其支拂フヘキ代金三千圓ヲ控除シタル殘額二百七十五圓（内七十五圓ハ豫定賠償額）ヲ損害賠償トシテ請求シ得ヘキモ米百石ニ代ル賠償額ノ豫定タル三千三百圓ニ付テハ毫モ請求シ得サルモノトス。何トナレハ其三千三百圓ハ七月十日ノ滿了時ニ於ケル米百石ノ債權消滅ニ因ル損害額ヲ豫定シタルモノニシテ其豫定セラレタル損害ハ全ク發生セサルニ至リタレハ也。然レトモ債權者カ一部ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニハ豫定セラレタル損害賠償ノ額ニ付テモ割合ヲ以テ計算スヘキモノト解ス（同旨勝本氏四六七頁。反之、此場合ニ豫定ハ效力ヲ生セストスル說アリ。鳩山氏八六頁以下。富井氏二五八頁）。

（ハ）　違約金　違約金トハ債權者債務者カ債務不履行ノ場合ニ債務者ノ支拂フヘキコトヲ約シタル金錢ヲ謂フ。違約金ハ必スシモ契約ニ違反シタル場合ニ限ラス總テノ債務不履行ニ付テ之ヲ定ムルヲ得。金錢外ノモノヲ給付スヘキコトヲ約シタル場合ト雖モ廣義ニ於テハ之ヲ違約金ト稱スルコトヲ得ヘク法律上ノ效果亦同一ナルモ第四二〇條第三項ニ所謂違約金ニ非ス。同項ニ所謂違約金ヲ定ムル目的ハ一ナラス。或ハ債務不履行ニ因ル損害賠償額豫定ノ爲メナルコトアリ或ハ債務ノ履行ヲ確實ナラシムル爲メ違約罰トシテ定ムルコトアルモ、民法ハ紛爭ヲ避ケンカ爲メ賠償額ノ豫定ナリト推定セリ。故ニ違約金ノ定アル場合ニ其違約金カ賠償額ノ豫定ニ非スシテ他ノ性質ヲ有スト主張シ相手方之ヲ爭フトキハ其主張者ニ於テ之ヲ立證セサルヘカラス。

二九b　過失相殺（culpa-compensation）

(1)　意義　債務ノ不履行又ハ不法行爲ニ因ル損害ノ發生ニ付キ被害者ニモ過失アルトキハ其過失（eigenes Verschulden）ヲ斟酌シテ損害賠償ノ問題ヲ決スヘキモノトスルコト學說立法例ノ殆ト一致スル所也。學問上之ヲ過失相殺ト云フ。蓋此場合ニハ債權者債務者ノ雙方ニ過失アルヲ原則トスレハ也（例外ニ付テハ(3)(イ)參照）。然レトモ法律（民五〇五以下、破九八以下等）ニ所謂相殺ト大ニ其意義ヲ異ニス（同三一b損益相殺比較參照）。而シテ茲ニ被害者ノ過失ト云フコトニ付キ學者多ク其過失ハ法律上ノ義務ノ違背ニ非ス隨テ加害者ノ過失ト云フ其過失ト意義ヲ異ニスト說明スルヲ普通トス。然レトモ被害者ノ過失ト加害者ノ過失トカ其性質ヲ異ニスルモノトセハ之ヲ相殺スト云フハ妥當ナラス。惟フニ凡ソ權利ハ適當ニ之ヲ行使シテ權利者ノ正當ノ利益ヲ進メシメンカ爲メニ認メラレタルモノナレハ權利者カ相當ノ注意ヲ以テ適當ニ其權利ヲ保全シ行使シ又ハ處分スルコトハ法律ノ要求スル所也ト云ハサルヘカラス。故ニ不注意ノ爲メ自己ノ權利ヲ害スルハ是レ亦法律上ノ義務ニ違背スルモノニシテ茲ニ謂フ被害

者ノ過失ト加害者ノ過失トハ毫モ其意義性質ヲ異ニスルモノニ非ス（摘著純正法理學九六頁以下參照）。隨テ過失相殺ノ觀念ヲ容ス也。然レトモ自己ノ過失ニ因リテ自己ノ權利ヲ害スルハ卽チ他人ノ權利ヲ害スルモノニ非サルカ故ニ他人ニ對シテ何等損害賠償ノ義務ヲ負フヘキモノニ非ス。又自己ニ對シテ損害賠償ノ義務ヲ負フコトハ性質上不能ナルカ故ニ自己ニ對スル過失ト他人ニ對スル過失トハ其結果ヲ異ニスルニ過キサル也。

(2)　過失相殺ノ要件次ノ如シ。

(イ)　損害賠償債權ノ成立ニ必要ナル普通ノ要件備ハルコトヲ要ス。例ヘハ債務不履行ニ付テ云ヘハ債務ノ不履行、損害ノ發生及ヒ不履行ト損害トノ間ニ因果關係アルコトヲ要ス。

(ロ)　損害ノ發生ニ付キ權利者ノ行爲（作爲又ハ不作爲）カ共同原因ノ一ナルコトヲ要ス。第四一八條ハ債務ノ不履行ニ關シト云ヒテ獨逸民法第二五四條ノ如ク損害ノ發生ニ付キト云ハサルモ損害ノ發生ニ付キ苟モ債權者ノ行爲カ債務者ノ行爲ト共同原因ヲ爲ス以上債權者ノ其行爲カ債務ノ不履行ニ付テ爲サレタルトニ依リテ其結果ヲ異ニスヘキ理由ナキカ故ニ同條ハ不履行後ニ爲サレタル場合ヲ除外スル法意ニ非スシテ債權者ノ行爲カ損害ノ發生ニ付キ共同原因ヲ爲スハ寧ロ不履行ニ付テ爲サルルヲ普通トスルカ故ニ其普通ノ場合ニ著眼シテ單ニ債務ノ不履行

ニ關シト云ヒタルニ過キサルモノト解スルヲ相當トス（結果同鳩山氏九五頁。富井氏二四五頁。嘉氏一一〇頁。川名氏二一三頁等。通說也。）

(ハ)　被害者ニ過失アルコトヲ要ス。卽チ損害ノ共同原因ノ一タル被害者ノ作爲又ハ不作爲カ善良ナル管理者ノ注意ヲ用キサリシコト、換言セハ過失ニ出テタルコトヲ要ス。被害者ノ代理人ノ過失ハ被害者ノ過失ト同視スヘキモノトス（摘著各論九六參照）。

(3)　過失相殺ノ效果　過失相殺ハ債務不履行ノ場合ト不法行爲ノ場合トニ於テ其效果ヲ異ニス。其差異二アリ。

(イ)　債務不履行ノ場合ニハ賠償額ヲ定ムルニ付キ債權者ノ過失ヲ斟酌スルニ反シ、不法行爲ノ場合ニ在リテハ單ニ賠償額ヲ定ムルニ付キ被害者ノ過失ヲ斟酌シ得ルニ止マリ被害者ニ如何ナル過失アルモ故意過失アル加害者ニ全ク責任ナキモノトスルヲ得ス（民七二、二）。第四一八條ニハ損害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付キ斟酌ストアレトモ、其及ヒト云フハ又ハノ意也。何トナレハ責任ヲ定ムルニ付キ斟酌シテ責任ナシトスル場合ニハ賠償額ヲ定ムル必要ナク又賠償額ヲ定ムヘキ場合ニハ責任アルコトヲ前提トシ責任ニ付テノ斟酌ト賠償額ニ付テノ斟酌トハ兩立シ得サルモノナレハ也。而シテ民法カ債務不履行ノ場合ト不法行爲ノ場合ニ付キ右ノ如ク異ナレル規定ヲ設ケタルハ主トシテ不法行爲ニ因ル損害賠償責任ノ發生ニハ故意過失ヲ要件トスル

不法行爲ノ場合

ノ明文（民七〇九）アルニ反シ債務ノ不履行ニ付テハ斯ル明文ナキニ因ル。卽チ債務不履行ニ因ル損害賠償ノ責任ニ付テモ原則トシテ債務者ノ責ニ歸スヘキ事實ヲ必要トスルモノト解スヘキコト後（三七）ニ說明スル如クナルモ、民法ニ所謂不履行ニハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ナキ不履行ヲ包含スルコト第四一五條前段第四一九條ニ依ルモ明瞭ニシテ第四一八條ハ斯ル不履行ヲモ眼中ニ置キ債權者ニ過失アルト共ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由アル場合ニハ額ヲ定ムルニ付キ斟酌シ債權者ニ過失アリテ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ナキ場合ニハ責任ニ付キ斟酌スト解スルヲ相當トス。然ルニ不法行爲ノ場合ニハ加害者カ損害賠償ノ責任ヲ負フニハ故意過失アルヲ要スルコト第七〇九條ニ依リ明白ニシテ加害者ニ故意過失アル以上被害者ニ過失アルモ是レカ爲メ加害者ニ責任ナキモノトスル理由ナキカ故ニ其責任ヲ斟酌シ得ル規定ヲ設クヘキモノニ非ス、唯賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ斟酌スヘキヤ否ヤヲ定ムヘキモノニシテ之ヲ規定シタル第七二二條第二項ノ趣旨ハ次ニロニ說明スル如クナルカ故ニ過失相殺ノ效果ハ債務不履行ノ場合ト不法行爲ノ場合トニ於テ實質上大差アルコトナク彼此毫モ權衡ヲ失フコトナキモノトス。

（ロ）債務不履行ノ場合ニ付テハ「裁判所ハ斟酌ス」ト規定スルニ反シ不法行爲ノ場合ニ付テハ「裁判所ハ斟酌スルコトヲ得」ト規定ス。故ニ債務不履行ノ場合ニ損害ノ發生ニ付キ債權者ノ過失アリタルトキハ裁判所ハ必ス賠償ノ責任又ハ額ヲ定ムルニ付キ斟酌セサルヘカラス。反之、不法行爲ノ場合ニハ損害ノ發生ニ付キ被害者ノ過失アリタル場合ト雖モ必スシモ常ニ賠償額ヲ定ムルニ付キ斟酌スヘキモノニ非ス。第七二二條第二項ハ斟酌スルコトヲ得ト規定シ斟酌スルト否トハ裁判所ノ隨意ナルカ如クナレトモ其實然ラス。卽チ加害者カ被害者ノ過失ヲ豫期シ又ハ其過失ニ乘シ故意ヲ以テ加害行爲ヲ爲シタル場合ニハ縱令被害者ノ過失カ損害ノ共同原因ヲナシタル場合ト雖モ其賠償額ヲ定ムルニ付キ斟酌スヘキモノニ非サルモ其他ノ場合ニ於テハ之ヲ斟酌スヘキモノ也。例ヘハ竊盜カ良民ノ不注意ニ乘シテ金員ヲ竊取シ之ヲ費消シタル場合ニ裁判所ハ被害者ニ過失アリタルノ故ヲ以テ賠償額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌シ得ヘキモノニ非サルモ甲カ乙ノ家屋ノ屋根ヲ破壞シタルニ乙カ殊更ニ其修繕ヲ怠リタル爲メ雨漏ヲ甚シクシ損害ヲ大ナラシメタルカ如キ場合ニ於テハ賠償額ヲ定ムルニ付キ斟酌スヘキモノ也。斯ノ如ク斟酌スヘキ場合ト斟酌スヘカラサル場合トアルニ拘ラス其場合ヲ區別スルコトナク一括シテ規定スルニハ「斟酌スルコトヲ得」ト規定スルノ外ナカルヘキモ、之ヲ區別シテ規定セサリシハ立法ノ宜シキヲ得タルモノニ非ス。然レトモ其解釋ハ右ノ如ク斟酌スヘキ場合ト斟酌スヘカラサル場合トヲ區別スヘキモノニシ

テ事實認定ノ結果斟酌スヘキ場合ニ斟酌シタルトキハ上告ノ理由トナルモノト云ハサルヘカラス（反對正九、一一、二六大判民錄一九一一頁。通說モ反對）。

斟酌ノ標準

斟酌ヲ爲スニ付キ何ヲ標準トスヘキカハ明文ノ規定ナク議論ノ存スル所ナルモ責任ヲ定ムルニ付キ斟酌スヘキヤ否ヤニ關シテハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ナキヤ否ヤヲ標準トスヘキコト（イ）ノ說明ニ依リテ明也。而シテ金額ヲ定ムルニ付キ斟酌スヘキ場合ニ於テハ債權者ノ過失ナカリシモノト假定シテ猶生シタルヘカリシ損害ノ額明ナルトキハ其額ヲ以テ賠償スヘキ額ト定ムルヲ相當トシ斯ル額明ナラサルトキハ一定ノ標準ナク裁判所ハ只適宜斟酌スルノ外ナキモノト信ス。

二九c　金錢債權ニ關スル特則　　金錢債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ニ付テハ次ノ如キ種々ノ特則アリ。

(1)　金錢債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ハ唯履行遲滯ニ因ル損害賠償ナシ。

(2)　損害賠償ノ額ハ實際ノ損害如何ニ拘ラス法定利率ニ依リテ之ヲ定ムルヲ原則トシ（民四一九、一。四〇四商七二六）此原則ニ對シテハ次ニ示ス（イ）（ロ）（ハ）（ニ）ノ如キ例外アリ（尙三〇參照）。

（イ）　金錢債權ニ付キ約定利率アリテ其利率カ法定利率ヲ超ユルトキハ約定利率ニ依ル（民四一九、一但書）。

（ロ）　損害賠償額ノ豫定又ハ違約金ノ定アルトキハ是ニ從フ（民四二〇。但利息制限法第五條ノ制限アリ）。

（ハ）　法律ニ特別ノ規定アルトキハ是ニ依ル（例、民六六九）。

（ニ）　當事者カ實際生シタル損害額ヲ賠償スヘキ旨特約シタルトキハ是ニ依ル（同旨鳩山氏一一〇一頁。嘉山氏一一九頁。石坂氏五一五頁。沼氏一二〇頁等。多數說也。反對富井氏二六三頁以下。横田氏三五九頁）

約定利率又ハ法定利率ニ依ル損害賠償ノ債權又ハ其目的物ヲ遲延利息、遲滯利息（Verzugs-zinsen）若ハ延滯利息ト云フ。

遲延利息

(3)　遲延利息ニ付テハ債務者ハ不可抗力ノ抗辯ヲ爲ス又ヲ得ス又債權者ハ損害ノ證明ヲ爲スヲ要セサルモノトス（民四一九、二）。茲ニ不可抗力トハ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ヲ謂フ（民二七四。二七五。三四八。六〇九、六一〇。商三三六、一。三五四、一。五七九。五八一、5。五九四、三。六〇五、三。六〇九。六一三、1、2。六一四。六三五。六五九、三。六六三。六七〇等比較參照）。卽チ履行期ニ履行セサルコトカ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由（三七a參照）ニ因ル場合ニ於テモ仍ホ債務者ハ損害賠償トシテ遲延利息支拂ノ義務ヲ負フモノニシテ債權者ニ於テモ其損害發生ノ事實ヲ證明スル必要ナキモノトス。由來金錢ハ用途多方面ニシテ金錢債務ノ履行遲滯ニ因ル事實上ノ損害及ヒ其額ヲ證明スルコト頗ル困難ナルノミナラス金錢ハ通常利殖スルヲ得ヘキモノナルカ故ニ法律ハ金錢債務ノ履行遲滯ニ因リテ當然損害ヲ生スヘキモノトシ其賠償額ハ法定利率又ハ之ヲ超過スル約定利率ニ依ルヘキモ

ノトナシタル也。

(4) 利息又ハ遲延利息ニ對シテハ契約又ハ第四〇五條ニ依リ之ヲ元本ニ組入ルルニ非サレハ更ニ遲延利息ヲ生セス。

三〇 金錢債務ノ不履行ニ因ル遲延利息外ノ損害賠償

金錢債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依ルヲ原則トス。而シテ通說ハ前記例外(二九c(3)(イ)乃至(ニ))ノ場合ノ外之ヲ超過シ得サルモノトナス。然レトモ卑見ニ依レハ、第四一九條ハ金錢債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償額ヲ定メタルニ過キスシテ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ノ賠償額ヲモ定メタルモノニ非ス。例ヘハ甲カ履行遲滯中ノ利息年六分ノ金百圓ノ債務ヲ卽時履行スルニ非サレハ債權者乙カ一萬圓ノ損失ヲ受クヘキ特別ノ事情アルコトヲ知リナカラ而モ卽時履行シ得ルニ拘ラス乙ニ其損失ヲ受ケシメンカ爲メ故意ニ其履行ヲ爲サスシテ乙ニ一萬圓ノ損失ヲ受ケシメタルカ如キ場合ニ於テモ甲ハ單ニ年六分ノ遲延利息ノ外何等損害賠償ノ責ヲ負ハストナスノ如何ニ不都合ナルカハ言ハスシテ明也。故ニ金錢債務ノ不履行ニ因ル損害ト雖モ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ニシテ此損害ニ付キ債務者ニ故意過失アルトキハ通常生スヘキ損害ヲ超過スル限度ニ於テ之ヲ賠償セサルヘカラス。卽チ右ノ設例ニ於テ金百圓ノ債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ハ年一割二分ナリトセハ其損害ノ賠償額ハ第四一九條ノ規定アル爲メ年六分ナルモ右一萬圓ヨリ百圓ニ對スル年一割二分ノ遲延利息ヲ控除シタル殘額ハ全ク特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ナルカ故ニ甲ハ其殘額及ヒ右ノ遲延利息ヲ損害ノ賠償トシテ支拂フヘキモノト云ハサルヘカラス。然レトモ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ハ爭アル場合ニ於テハ債權者之ヲ立證スルヲ要シ債務者ニ於テハ故意過失ナキコト又ハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲シ得ヘキコト勿論也。

三一 賠償ニ因ル代位(subrogation)

(1) 意義　債權者カ債務者又ハ第三者ヨリ損害ノ賠償トシテ債權ノ目的タル物又ハ權利ノ價額ノ全部ヲ受ケタルトキハ右ノ債務者又ハ第三者ハ其物又ハ權利ニ付キ當然債權者ニ代位ス(民四二二同條ニ所謂債務者ハ右ニ云フ全部ヲ給付シタル者ヲ意味ス、同旨勝本氏四八二頁、第三者ヲ含マストノ說中島氏六一二頁)。之ヲ賠償ニ因ル代位ト云フ。債權者ニ二重ニ利得セシメサル爲メローマ法以來諸國ノ法律ニ認メタル制度也。而シテ第四二二條ハ債務不履行外ノ原因ニ因ル損害賠償ノ場合ニ類推適用アリ。通說也。

代位ノ性質ハ法律ノ規定ニ依ル權利ノ移轉ニシテ讓渡ニ因ル移轉ニ非ス。對抗要件ニ付テハ第一七七條ノ適用アルモ第一七八條第四六七條ノ類推ナシ(同旨勝本氏四七六頁以下。右類推ナキ點同旨鳩山氏一〇三頁)。而シテ第四二

二條ニ損害賠償トシテ受ケタルトキト云フハ、賠償債權ノ辨濟アリタル場合ノミナラス代物辨濟（民四八二）、供託（民四九四）、相殺（民五〇五）等債權ノ辨濟ト同價値ノ事實アリタル場合ヲ包含ス（同旨鳩山氏一〇四頁勝本氏四七五頁）。

(2)　代位ノ物體　代位ノ爲メ移轉スルモノハ權利ナリ。第四二二條ニ債權ノ目的タル物又ハ權利トアル其物ハ本來ノ債權ノ目的タル物ノ所有權ヲ意味シ權利トアルハ其他ノ權利ヲ意味ス。故ニ例ヘハ甲カ乙所有ノ物ヲ乙ニ引渡スヘキ債務ヲ負ヒ自己ノ過失ニ因リ丙ニ竊取セラレタル爲メ其價額全部ヲ賠償シタルトキハ其物ノ所有權ハ當然甲ニ移轉ス。又甲カ乙ノ丙ニ對スル債權ノ取立ヲ委託セラレ其取立ヲ怠リ居ル間ニ丙カ無資力トナリタルニ因リ甲カ右債權本來ノ價額全部ヲ乙ニ賠償シタルトキハ其債權ハ當然甲ニ移轉ス（同旨石坂氏三九頁以下）。而シテ右第一ノ設例ノ場合ニ乙カ丙ニ對シテ取得シタル物上請求權又ハ損害賠償請求權ノ如キハ乙カ甲ニ對シテ有シタル債權ノ目的タル物又ハ權利ト云フヲ得サルカ故ニ甲ハ其物上請求權又ハ損害賠償請求權ニ付キ代位スルモノニ非ス。然レトモ甲カ代位ニ依リ其物ノ所有權ヲ取得シタルトキハ所有權ノ效力トシテ丙ニ對シ物上請求權ヲ有スヘキハ當然也。

三一a　賠償ニ因リ代位シ得ル場合ニ於ケル賠償請求權ノ範圍

(1)　**債權ノ目的物毀損ノ場合**　例ヘハ甲カ乙所有ノ價百圓ノ材木ヲ乙ニ引渡スヘキ債務ヲ負ヒ

擔シ過失ニ因リテ其材木ヲ毀損シ價五十圓トナリタルトキハ乙ノ受ケタル損害ハ五十圓ニ過キサルカ故ニ乙ハ其毀損シタル材木ノ引渡ノ外唯五十圓ノ損害賠償ヲ請求シ得ルニ止マル。然レトモ當事者ハ事前ニ於テ賠償額ヲ豫定シ實損害五十圓ニテモ仍ホ百圓ノ賠償ヲ爲スヘキコトヲ有效ニ契約シ得ルカ如ク既ニ實損害ヲ生シタル後ニ於テモ合意上其損害ノ賠償額ヲ實損害ノ額ニ依ラスシテ定メ得ルモノト云ハサルヘカラス。故ニ右設例ノ場合ニ實損害ハ五十圓ナルモ當事者ハ其材木ノ毀損セラレサル狀態ニ於ケル價額ノ全部即チ百圓ヲ賠償額ト定メ得ルモノニシテ乙カ其百圓ノ辨濟ヲ受ケタルトキハ甲ハ其材木ニ付キ當然乙ニ代位シ其所有權ヲ取得スルモノトス。而シテ一旦其賠償額ヲ百圓ト約定シタル以上乙カ其百圓ヲ請求シ得ルコト論ヲ竢タス。然レトモ其約定ハ特別ノ意思表示ナキ限リ直ニ其材木ニ對スル乙ノ所有權ニ影響スルモノニ非サルカ故ニ其百圓ノ辨濟ナキ限リ乙ハ其材木ノ引渡ヲモ請求シ得ルモノト云ハサルヘカラス。

(2)　**債務者カ債權ノ目的物ノ占有ヲ失ヒタル場合**　例ヘハ(1)ノ設例ニ於テ甲ノ過失ニ因リ丙ノ爲メ其材木ヲ奪取セラレ丙之ヲ所持スル場合ニ於テハ乙ハ未タ其所有權ヲ喪失セサルカ故ニ丙ニ對シテ其材木ノ返還ヲ求ムル物上請求權ヲ有スルコト勿論也。然ラハ乙カ甲ノ過失ニ因リテ受ケタル損害額如何ト云フニ其材木ノ價額全部即チ百圓ニ相當スト云フハ一見不條理ナルカ如クナ

ルモ其損害ノ完全ナル賠償方法ハ其材木ヲ債權者乙ニ引渡シテ占有セシムルニ在リ。然レトモ民法ハ金錢ヲ以テ損害ノ賠償ヲ爲スヘキコトヲ定ムルカ故ニ（民四一七）其材木ノ價額全部ヲ以テ賠償額トナササルヘカラス。隨テ乙ハ甲ニ對シテ其材木ノ價額全部即チ百圓ヲ損害ノ賠償トシテ請求シ得ヘキ也（結果同勝本氏四七五頁。石坂氏三三五頁）。而シテ甲カ其全部ヲ賠償シタルトキハ當然乙ニ代位シテ其材木ノ所有權ヲ取得シ自己ノ所有權ニ基キ丙ニ對シテ其返還ヲ請求シ得ヘキコト勿論也。若シ夫レ丙ノ奪取後其材木ノ滅失シタル場合ニ於テハ甲ハ唯丙ニ對シテ賠償ヲ求メ又ハ第四四二條ニ依リテ求償シ得ルニ止マリ第四二二條ニ依ル代位ノ關係ヲ生セサルモノトス（六二(4)參照）。

三一b　損益相殺　損益相殺（compensatio lucri cum damno）ハ又損得相殺ト云フ。學問上ノ語ニシテ法律上ノ語ニアラス（二九b、過失相殺比較參照）。賠償債權者カ加害者ノ違法行爲ニ因リ損害ヲ受ケタルモ尙其行爲ノ結果利益ヲモ受ケタルトキハ其損害額ヨリ利益額ヲ差引キタル殘額ヲ以テ賠償ヲ受クヘキ損害額トナスコト也。是レ民法ニ明文ノ存セサル所ナルモローマ法以來一般ニ認メラルル所ニシテ理論上當然ノコトニ屬ス。例ヘハ債務者カ汽車賃ハ債權者ノ負擔ニ於テ某地ニ急行スヘキ債務ヲ有シ過失ニ因リ普通列車ニテ往キタル爲メ延著シ債權者ハ通常生スヘキ金二十圓ノ損害ヲ受ケタルモ急行券ノ代金五圓ノ負擔ヲ免レタルトキハ差引殘額金十五圓ノ賠償ヲ受クヘキモノトナルカ如シ（尚民五三六、二。摘著、各論一七〇比較參照）。差引クヘキ利益ハ右損害ノ賠償ヲ請求スル訴ノ第二審判決ノ基本タル口頭辯論終結ノ時マテニ生シタルモノニ限ル。而シテ債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ利益タルヲ要セサルモ（反對川名氏二〇一頁）債權者ニ同情スル見舞金ノ如キハ差引クヘキモノニ非ス（同旨川名氏尚揭）。

第四章　債權ノ效力

第一節　債務ノ履行

三二　履行ノ意義　債務ノ履行トハ債權ノ目的タル行爲ヲ爲スコトニシテ辨濟ト同義ナリ。唯債權債務消滅ノ點ヨリ觀察シテ之ヲ辨濟ト云ヒ、辨濟者ノ行爲ノ方面ヨリ觀察シテ之ヲ履行ト云フニ過キス。

三三　履行ノ態樣　債務ノ履行ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ爲スヲ要ス（民四九三。四一五）。卽チ圓滿ニ爲サルヘカラス。債務ノ本旨ニ從フコトハ信義誠實ノ原則ニ從フコトヲ包含ス（獨民二四二。佛民一一三四、三參照）。一部履行ハ圓滿ナル履行ニ非サルカ故ニ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ニ非ス。隨テ一部履行ノ提供ハ債務者ニ遲滯ノ責ヲ免レシムヘキ效力ナキヲ原則トス。然レトモ意思表示又ハ法規（例、商四八四）ニ依リテ一部履行ノ提供ヲ爲シ得ルトキ、一部判決（民訴八三）アルトキ、債權者カ特ニ一部ノ請求ヲ爲シタ

ルトキ又ハ債務ノ性質上一回ニ給付スルコトカ不能若ハ著シク困難ナル爲メ全部ヲ數回ニ分チテ給付スル趣旨ニテ提供スルトキハ一部ノ提供モ亦債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ニシテ其部分ニ付キ債務者遲滯ノ責ヲ免ルルノ效力アルヘキモノトス。給付ノ一部カ不能トナリ債務カ可能部分ニ付キ殘存スルトキハ殘存債務ヲ其本旨ニ從ヒテ履行スヘキモノ也。

辨濟期ニ三種アリ

三四　履行期　履行期(Leistungszeit)ハ又辨濟期トモ云フ。辨濟期ニ三種アリ。第一種ノ辨濟期ハ一定ノ時期迄ニ若ハ其時期ニ辨濟スヘキ場合ニ於ケル其時期ヲ意味ス。例ヘハ某日限リ辨濟スヘシト契約シタル場合ニ於ケル某日ノ取引時間滿了ノ時刻ノ如キ是也。第三四九條ニ所謂辨濟期ノ如キ亦然リ。第二種ノ辨濟期ハ債權者カ期間ヲ定ムルヲ要セスシテ辨濟ヲ請求シ得ル時ヲ意味ス。例ヘハ第四〇八條第五〇五條第一項第七〇六條ニ所謂辨濟期ノ如キ是也。第三種ノ辨濟期ハ債權者カ辨濟ヲ請求シ得ルノミナラス債務者カ現ニ辨濟ヲ爲スヲ要スル時ヲ謂ヒ、其時ニ履行セサルハ卽チ債務者ノ遲滯タルヘキモノ也。第五九一條第一項ノ場合ハ貸主カ何時ニテモ辨濟ヲ請求シ得レトモ其請求ニハ相當ノ期間ヲ定ムルヲ要スルカ故ニ未タ第二種ノ辨濟期ニ在ラス。右ノ期間滿了ノ時刻ハ卽チ第一種ノ辨濟期トナリ滿了後ハ卽チ第三種ノ辨濟期トナル。

債權成立後ニ到來スヘキ履行期ハ常ニ債權者債務者ノ一方又ハ雙方ノ利益ノ爲メニ定メラルルモノトス。一定ノ時期ノ經過後始メテ履行ヲ爲シ得ヘキ場合ニ於テハ其時期ハ期限ナレトモ履行期ニ非ス。債權者一方ノ利益ノ爲メニ定メラレタル期限ハ卽チ是也。此場合ニ於テハ其期限後ニ非サレハ債務者ハ履行ノ提供ヲ爲シ得サルモノニシテ其期限前ニ爲シタル履行ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ニ非ス。

（イ）履行期ハ當事者ノ意思表示、法律ノ規定（例民一五九、二）、給付ノ性質其他ノ事情ニ因リテ定マル。

（ロ）履行期（第一種ノ辨濟期）ハ初ヨリ確定セルコトヲ要セス單ニ確定シ得ヘキヲ以テ足ル。故ニ其履行期ニハ確定期限（dies certus an, certus quando）ト不確定期限（dies certus an, incertus quando）トアリ。前者ハ到來スル時期ノ確定セルモノヲ謂ヒ後者ハ其確定セサルモノヲ謂フ。債權者請求ノ日ニ履行スヘク定メアル場合ノ如キハ後者ニ屬ス。履行ノ時間ニ付テハ民法ニ規定ナキモ特別ノ意思表示ナキトキハ一般ノ慣習ト信義ノ原則ニ從ヒテ之ヲ定ムヘキモノトス（商二八三參照）。

（ハ）期限ハ債務者一方ノ利益ノ爲メニ定メタルモノト推定セラル（民一三六）。故ニ債務ノ履行ニ關スル期限ハ債務者一方ノ利益ノ爲メニ定メタル履行期ナリトノ推定ヲ受ク。隨テ其期限カ債權者ニ於テ履行ノ受領ヲ拒絕シ得ル期限換言セハ其期限後ニ至リ始メテ履行シ得ヘキ期限ナリト主張スル者ハ爭アルトキハ之ヲ立證セサルヘカラス。債務者一方ノ利益ノ爲メニ定メタル履行期ノ存ス

ル場合ニ抛棄其他ノ事由ニ因リ債務者カ期限ノ利益ヲ失ヒタルトキハ爾後期限ノ定ナキモノトナル。履行期アルモ其履行期當時一時的ニ履行又ハ履行ノ受領カ不能ナルトキハ履行期ハ自ラ延期セラレ其不能ノ止ミタル後履行期到來スヘキモノニシテ其履行期ハ不確定期限也。

尙履行期ノ效力ニ付テハ第四一二條、第一六六條、第五〇五條、第五四二條等參照。

三五　履行ノ場所　履行ノ場所(Leistungsort)トハ債務ノ履行ヲ爲スヘキ場所ヲ謂フ。故ニ他ノ場所ニ於テ爲シタル履行ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ニ非ス。履行ノ場所ハ當事者ノ意思表示又ハ法律ノ特別ノ規定(例、民五七四。六六四。商二七八、二)若ハ給付ノ性質ニ依リテ定マルコトアリ。而シテ此等ノ事由ニ因リテ定マラサル場合ニ於テハ債權者又ハ債務者ノ何レノ住所ヲ以テ履行ノ場所トナスヘキカニ付テハ學說立法例ノ一致セサル所ナルモ、我民法ハ特定物ノ引渡ニ付テハ債權發生ノ當時其物ノ存在セシ場所ヲ以テ履行ノ場所トシ其他ノ債務ニ付テハ債權者ノ現時ノ住所ヲ以テ履行ノ場所トナス(民四八四)。現時ノ住所トハ現實履行ヲ爲ス時ノ住所ヲ謂フモノニシテ債權發生ノ時又ハ履行期ニ於ケル住所タルヲ要セス(尙民二一三參照)。

尙履行ノ場所ノ效力ニ付テハ第四〇三條、民事訴訟法第五條參照。

三六　債務者カ任意ニ履行セサル場合ノ債權ノ效力

(1)　債務者カ任意ニ其債務ヲ履行セサル場合ニ債權者ハ債權ノ效力トシテ債務者ニ其履行ヲ請求シ若ハ裁判所ニ對シテ債務者ニ其履行ヲ命スル判決ヲ求メ得ルコト勿論也。然レトモ其判決ヲ受クルモ猶債務者カ任意ニ履行セサル場合ニ於テハ債權者ニ如何ナル救濟ヲ與フヘキ乎。古代ローマ法ニ於テハ對人執行(Personal-exekution)ノ主義ヲ生シ後極端ナル對物執行(Real-exekution)ノ主義ヲ採リ債務者ヲ監禁シテ給付ヲ强制シタルコトアルモ其キモノトナシ、フランス民法(一一四二)ハ此主義ヲ採リタリ。然レトモ債權ハ債務者任意ノ履行ナキ場合ニハ總テ皆損害賠償債權トナルノ外ナシトセハ債權ノ效力ハ餘リニ薄弱ニシテ社會ノ實際ニ適セス。左レハトテ對人執行ノ主義モ亦不可ナルカ故ニ我民法ハ右何レノ主義ニモ據ラス第四一四條ニ於テ債務ノ履行カ可能ナルニ債務者カ任意ニ履行セサルトキハ直接又ハ間接ノ强制執行ヲ裁判所ニ請求スヘキ權利ヲ債權者ニ認メ尙債務者ノ不履行ニ因リテ生シタル損害アルトキハ其賠償ヲ請求シ得ヘキコトヲ定メタリ。

(2)　第四一四條ハ債權者カ訴權ト强制執行請求權トヲ有スルコトヲ定メタル規定ナリトスル學說(雉木氏京法七卷一一號一二號、八卷三號。遊佐氏五〇〇頁)アルモ、訴權ヲ規定シタルモノニ非サルコトハ同條ノ强制履行ト云フ語ヨリ見ルモ將タ又第一項ト第二項ノ對照上ヨリ考フルモ明瞭ニシテ第一項乃至第三項ハ債權者

カ強制執行請求權ヲ有スルコトヲ規定シタルモノ也。之ヲ通說トス。惟フニ債權ハ債務者ノ一定ノ行爲ヲ目的トス。而シテ債務者任意ノ行爲ニ非サレハ債務者ノ行爲ト云フヲ得サルカ故ニ債權本來ノ效力トシテハ債務者カ履行セサルトキハ其履行ヲ直接債務者ニ請求シ若ハ其履行ヲ命スヘキコトヲ裁判所ニ訴求シ得ルニ止マルモノニシテ、債務者任意ノ行爲ヲ竢タス強制執行ノ方法ニ依リテ債權ノ滿足ヲ得ンカ爲メニハ特別ノ規定ヲ要スルモノト云ハサルヘカラス。是レ民法カ債權ノ效力トシテ特ニ第四一四條ノ規定ヲ設ケタル所以也。而シテ民事訴訟法ハ其手續ヲ規定スルモノ也。由來訴訟法ハ權利實行ノ手續ヲ規定スヘキモノナルカ故ニ同法ハ其權利アルコトヲ前提トスヘキモノニシテ其權利ハ理論上當然認メ得ルモノノ外之ヲ實體法ニ規定スルヲ立法上至當ノコト也トス。故ニ同條ヲ訴訟法中ニ規定セスシテ民法ノ債權ノ效力ノ規定中ニ置キタルハ立法上當ヲ得タルモノト云フヘシ（反對石坂氏七六頁）。

強制履行ノ意義

(3) 直接強制執行（強制履行 Zwangserfüllung）　第四一四條第一項ハ債務者カ任意ニ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラスト規定ス。而シテ其所謂強制履行ノ意義ニ付キ從來五說アリ。第一說ハ強制執行ト云フト同義也トシ（石坂氏七五頁以下）、第二說ハ債務者ヲ強制シ自ラ其債務ヲ履行セシムルコト卽チ間接ノ強制執行也トシ（仁井田氏民訴法大綱九版六八八頁）、第三說ハ直接強制執行ヲ謂ヒ間接強制執行ヲ含マストシ（川名氏二三三頁）、第四說ハ民法第四一四條ニ付テハ第三說ト同一ニ解シ民事訴訟法第七三四條ニ付テハ間接強制執行ト解シ（加藤氏法協四四卷一一號八五頁）、第五說ハ債務本來ノ內容タル給付其モノノ強制執行ヲ謂ヒ所謂代替執行ヲ包含セサルモノトナス（鳩山氏一九頁）。余ハ第三說ヲ正當トシ、債務ノ性質カ強制履行ヲ許スモノト云フハ卽チ物ノ給付其他占有移轉ノ給付ヲ目的トスル債務ヲ謂ヒ其債務ハ畢竟金錢其他ノ代替物給付ノ債務、特定セル動產、不動產又ハ人身引渡ノ債務ヲ謂フニ外ナラスシテ（前(4)(ロ)參照）其他ノ債務ハ皆其性質カ所謂強制履行ヲ許ササルモノト解ス。純理ヨリ云フトキハ國家機關ノ力ヲ以テ直接ニ債務者カ任意履行シタルト同一ノ結果ヲ實現シ得ル債務ハ皆性質上強制履行ヲ許ス債務也ト云フヲ得ヘク隨テ或種ノ不作爲債務ノ如キハ是ニ屬スヘキモ不作爲債務ニ付テハ同條（民四一四）第三項ニ特別ノ規定アルカ故ニ同條第一項ニ所謂強制履行ヲ許ス債務ニハ不作爲債務ヲ包含セス。

卑見

(4) 間接強制執行　債務ノ性質カ直接強制執行卽チ強制履行ヲ許ササルモノニ作爲債務アリ不作爲債務アリ。而シテ其作爲債務ノ內性質上第三者ヲシテ其作爲ヲ爲サシムルモ善ク債權ノ目的ヲ達シラサルモノアリ。以下場合ヲ分チテ說明スヘシ。

(イ) 代替執行　作爲債務ノ性質上第三者ヲシテ其作爲ヲ爲サシムルモ善ク債權ノ目的ヲ達シ

得ヘキモノニ在リテハ債務者カ任意ニ其履行ヲ爲ササル場合ニ於テ債權者ハ强制執行トシテ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ爲サシムルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得(民四一二)。之ヲ代替執行ト云フ。故ニ例ヘハ大工カ家屋建築ノ債務ヲ任意ニ履行セサルトキハ債權者ハ其大工ヲ被告トシテ家屋ノ建築ヲ命スル判決ヲ受ケ其判決ノ執行トシテ債務者ノ費用ヲ以テ他ノ大工ニ其建築ヲ爲サシムヘキ決定ヲ求メテ其建築ヲ爲サシムルコトヲ得ヘキ也(民訴七三)。代替執行ハ一ノ間接强制執行也。然レトモ斯ル債務ハ通常契約上ノ債務ニシテ其契約上ノ債務ナル限リ債權者ハ債務者ノ不履行ヲ理由トシテ契約ヲ解除シテ損害ノ賠償ヲ得(民五四一。五四五)自ラ又ハ第三者ニ委託シテ右債務ノ目的タル作爲ヲ爲スノ簡便迅速ナルニ如カサルカ故ニ代替執行ノ實用稀也。

(ロ) 作爲債務ニ關スル間接强制執行　作爲債務ニ關スル間接强制執行トシテ民法ノ規定スル所ハ單ニ代替執行ノミナレトモ、民事訴訟法第七三四條ニ於テ債務ノ性質カ强制履行ヲ許ス場合ニ於テモ亦間接强制執行ヲ爲シ得ヘキコトヲ規定シ、第一審ノ受訴裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ決定ヲ以テ相當ノ期間ヲ定メ債務者カ其期間內ニ履行ヲ爲ササルトキハ其遲延ノ期間ニ應シ一定ノ賠償ヲ爲スヘキコト又ハ直ニ損害ノ賠償ヲ爲スヘキコトヲ命スヘキモノトナシタリ(舊民財產編三、八六、三參照)。故ニ例ヘハ債務者カ受寄物ノ返還ヲ命スル確定判決ヲ受ケタルニ拘ラス任意ニ其返還ヲ爲ササルトキハ債權者ハ同條ニ依ル强制執行ヲ第一審ノ受訴裁判所ニ請求シ得ヘキ也。而シテ金錢債務モ亦其性質上强制履行ヲ許スモノナルモ金錢債務ノ强制執行ニ付テハ別ニ民事訴訟法第五六四條乃至第七二九條ニ其規定アルノミナラス金錢債務不履行ニ因ル損害賠償ニ付テハ民法第四一九條ノ特別規定アリ且金錢債務ハ損害賠償ノ債務ニ變ルコトナキモノ(二九c(1)參照、但契約解除ノ場合ニハ例外アリ)ナルカ故ニ民事訴訟法第七三四條ハ此點ヨリ云フモ金錢債務ニ付テハ之ヲ適用スヘキ餘地ナキモノト云フヘシ。然レトモ爾餘ノ債務ニシテ特定ノ動產不動產又ハ代替物ノ一定ノ數量ヲ引渡スヘキコトヲ目的トスルモノニ付テハ是ト同一ニ論スルヲ得ス。卽チ此種ノ債務ノ强制執行ニ付テハ同法第七三〇條第七三一條ノ規定アレトモ其規定ニ依ル强制執行カ事實上不能ナルコトアリ又可能ナルモ頗ル困難ナルコトアリ。立法者ハ該强制執行ノ方法ノミニテハ債權者ノ保護十分ナラスト認メタルニ因リ尙同法第七三四條ニ依ル强制執行ノ方法ヲ定メタルモノト解スルヲ相當トス(結果同橫田氏三一八頁。左レハ昭五、一〇、二三大決民集九八七頁以下カ動產又ハ不動產ノ引渡ヲ目的トスル債權ノ强制執行ハ民訴七三〇乃至七三二ニ依リテ轉ク爲シ得ヘク特ニ民訴七三四ノ如キ迂遠ナル執行手段チ採ル必要ナキ旨判示シタルハ民四一四、一。民訴七三四ノ明文及ヒ社會ノ實際ニ適セサルモノト云フヘシ。尙三八c參照)。

次ニ債務ノ性質カ强制履行ヲ許サス又代替執行ヲ許ササル作爲債務例ヘハ或有名ノ畫家ヨリ繪ヲ畫キテ給付スヘキ債務ノ强制執行ニ付テハ民法及ヒ民事訴訟法ニ明文ノ規定ナキモ同法第七三

四條ヲ準用シ得ヘキモノト信ス。卽チ斯ル債務ハ債務者任意ニ履行スルニ非サレハ債權者ハ其履行ヲ受クルノ不可能ナルコト例ヘハ受寄者祕藏ノ受寄物ハ受寄者任意ニ返還スルニ非サレハ寄託者ハ其返還ヲ受クルコト殆不可能ナルト酷似スルモノニシテ其債務ノ强制執行ニ付キ別異ノ取扱ヲ爲スヘキ理由ナク又他ニ特別ノ規定ナキカ故ニ後者ニ付テノ規定ハ前者ニ準用アルモノト解スルヲ至當トス（異趣獨民訴八八八。夫婦同居ノ義務ハ性質上强制履行ヲ許ササル故民訴七三四ニ依ル間接强制モ許サス。トノ判例アリ昭五、九、三〇大決民集九二六頁。余ハ其間接强制モ玆俗ニ反スル故同條ノ準用ナシト解ス）。

（ハ）不作爲債務ノ强制執行　我民法ハ不作爲債務ノ强制執行ニ付テハ第四一四條第三項ニ特別ノ規定ヲ設ケ債務者ノ費用ヲ以テ其爲シタルモノヲ除却シ且將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲スコトヲ裁判所ニ請求シ得ル旨規定セリ。右ニ謂フ除却ハ原狀回復ノ趣旨ニ非スシテ不作爲債務カ尙繼續スル場合ニ將來ニ向テ其不履行ナキ狀態ヲ作出センカ爲メ也。故ニ例ヘハ或土地ニ建物ノ建築存置ヲ爲ササル不作爲債務ヲ負擔セル者カ其建築存置ヲ爲ストキハ卽チ右債務ノ不履行ヲ爲シ居ルモノナレハ債權者ハ同條項及ヒ民事訴訟法第七三三條ニ依リ其債權ノ强制執行トシテ債務者ノ費用ヲ以テ他人ヲシテ之ヲ收去セシメ且將來ノ爲メ例ヘハ執達吏ニ其土地ヲ占有セシメ債務者ノ立入ヲ禁スルカ如キ適當ノ處分ヲ裁判所ニ請求シ得ヘキモ右ノ債務カ例ヘハ三年間其建築存置ヲ爲ササル債務ナルトキハ債務者カ三年內ニ其建築存置ヲ爲スモ債權者ハ三年經過後ニ於テハ右ノ請求ヲ爲スヲ得ス唯不履行ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求シ得ルニ過キサルモノトス。

（ニ）意思表示ヲ爲スヘキ債務ノ强制執行　此强制執行ハ第四一四條第二項但書及ヒ民事訴訟法第七三六條ニ於テハ其意思表示カ債權者ヲ相手方トシテ爲スヘキモノナラハ之ヲ命スル判決ノ確定ニ因リテ當然執行セラレ、又其意思表示カ債權者ノ利益ノ爲メ第三者ヲ相手方トシテ爲スヘキモノナラハ之ヲ命シタル確定判決ノ正本ヲ債權者カ其第三者ニ呈示スルニ因リテ執行セラレ、其意思表示アリタルモノト看做サルルモノトス。通說ハ右ノ意思表示ハ債權者又ハ官廳ニ對スルモノタルヲ要シ判決ハ第三者ニ對シテ當然效力ヲ生セサルカ故ニ第三者ニ對スル意思表示ニ付テハ右法條ノ適用ナシトナス（石坂氏一〇四頁。Seuffert, C.P.O. §804. F. 638等參照）。然レトモ官廳モ亦第三者タルノミナラス卑見ニ依レハ判決ハ第三者ニ對シテモ效力ヲ生スルヲ事理ノ當然トシ反對ニ解スヘキ根據ナキカ故ニ余ハ右ノ通說ニ從ハス（尙四五(1)參照）。大審院判例（明四一、一二、二三民錄一三二八頁）モ民事訴訟法第七三六條ハ第三者ニ對スル意思表示ニモ適用アリトナス（同條ニ相當スル獨民訴八九四ニ付キ同旨 Friedrich-Stein, C.P.O. §§.）。債權讓渡ノ通知ハ觀念通知ニシテ法律行爲ニ非サルモ右規定ノ類推適用アルヘキモノ也（同旨鳩山氏一二六頁）。同條ハ債務者カ意思ノ陳述ヲ爲スヘキコトノ判決ヲ受ケタルトキハ其判決ノ確定ヲ以テ意思ノ陳述ヲ爲シタルモノト看做ス旨規定シ、所謂意思ノ陳述ハ意思表示ヲ包含シテ其意味廣ク登記申請

ノ如キモ之ニ屬ス。而シテ其規定ニ依レハ判決ノ確定ト同時ニ其意思ノ陳述ハ爲サレタルモノト看做サルルカ如クナルモ判決ノ確定ト同時ニ爲サレタルモノト看做サルルハ右說明ノ如ク唯其意思表示カ債權者ヲ相手方トスル場合ニ限ルモノニシテ、第三者ヲ相手方トスル場合ニハ唯其判決ハ確定スルニ因リテ始メテ執行シ得ヘキコトヲ定メタルニ過キサルモノト解セサルヘカラス。故ニ例ヘハ債務者ニ登記手續ヲ命スル判決確定スルモ其登記申請ト云フ意思ノ陳述ハ第三者タル登記所ヲ相手方トスルモノナルカ故ニ其確定ト同時ニ登記ノ申請アリタルモノト看做サルルニハ非スシテ債權者カ其確定判決ノ正本ヲ登記所ニ提出スルニ因リテ始メテ債務者ノ申請アリタルモノト看做サルヘク、又債務者カ第三者ニ對シテ承諾ノ意思表示ヲ爲シ以テ契約ヲ成立セシムヘキ債務ヲ負擔シ任意ニ其承諾ヲ爲ササルトキハ債權者ハ債務者ヲ相手取リテ其承諾ヲ爲スヘキ旨ノ判決ヲ受ケ其確定判決ノ正本ヲ第三者ニ呈示スルニ因リテ其承諾アリタルモノト看做サルヘキモノニシテ、其判決ノ確定ト同時ニ其承諾アリタルモノト看做サルルニハ非ス（Friedrich-Grein 前揭ハ斯ル場合ニ債權者カ第三者ニ判決ノ確定ヲ通知シ又ハ確定判決ヲ呈示スルニ因リテ意思表示アリタルト同一ノ效力ヲ生ストナセトモ債權者ノ通知ニ因リテ其效力ヲ生ストナス點ハ採リ難シ）。故ニ此場合ニハ債權者ヨリ其確定判決ノ正本ヲ意思表示ヲ受クヘキ第三者ニ呈示スルコトカ卽チ其判決ノ執行ナリト云フヘキ也。然レトモ反對給付ノアリタル後意思ノ陳述ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ債權者ハ民事訴訟法第五一八條第五二〇條ノ規定ニ從ヒ執行力アル正本ノ付與ヲ受クルヲ要シ其意思ノ陳述カ債權者ヲ相手方トスルトキハ右正本ノ付與ニ因リテ判決執行セラレ第三者ヲ相手方トスルトキハ債權者カ右正本ヲ第三者ニ呈示スルニ因リテ判決執行セラレ其意思ノ陳述アリタルモノト看做サルルモノトス（民訴七三、六後段）。

(5) 損害賠償ノ請求　債權者ハ債務者カ任意ニ履行セサルトキハ强制執行ヲ爲シ得ルモ是レカ爲メ履行遲延ニ因リテ既ニ生シタル損害賠償請求權ヲ失フコトナク又强制執行ニ因リテ債權者ノ受ケタル利益カ任意履行ニ因リテ受クヘカリシ利益ヨリ少ナキトキハ民事訴訟法第七三四條末段ニ依ル强制執行ノ場合ノ外其差額ノ賠償ヲ請求シ得ルモノト云ハサルヘカラス。是レ民法第四一四條第四項ノ規定アル所以也。然レトモ强制執行ヲ爲シ得ルニ拘ラス之ヲ爲サス本來ノ債務ノ履行ニ代ル損害ノ賠償ヲ請求シ得ルモノト誤解スヘカラス（三八c參照）。

第二節　債務ノ不履行

三七　債務不履行ノ意義

債務ノ事實ヲ謂フ。而シテ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササル

滯(mora solvendi; Leistungsverzug)ト履行不能トナルカ現ニ履行ノ時ニ於ケル債務ヲ不完全ニ履行スルコト卽チ所謂不完全履行モ亦債務ノ不履行也。然レトモ債務ノ不履行カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルコトヲ要ス但金錢債務不履行ノ場合ハ此限ニ在ラス(民四一九)。而シテ債務者ニハ債務ノ履行ニ付キ相當ノ注意義務アルカ故ニ債務ノ不履行カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ルコトハ債務者ニ於テ立證セサルヘカラス(結果同旨正一四、二、二七大判民集一六〇頁。獨民二。八二。瑞債九七等)。

三七a　債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ノ意義　債務者ノ責ニ歸スヘキ事由トハ債務者ノ故意過失又ハ是ト同視スヘキ事實ヲ謂フニ外ナラス。左ニ順次之ヲ說明スヘシ。

(イ)　故意(dolus; Vorsatz)トハ自己ノ行爲ニ因リテ一定ノ結果ヲ生スヘク又ハ生スルコトアヘキコトヲ知リナカラ其行爲ヲ爲ス所ノ心理狀態ヲ謂フ。故意ヲ斯ク說明スル主義ヲ觀念主義又ハ豫見主義(Vorstellungs-theorie; Vorstellungstheorie)ト云フ。是ニ對シテ意欲主義(Willens-theorie)ナルモノアリ。後者ハ故意ノ成立ニハ結果ノ認識ヲ必要トスルノミナラス結果ヲ欲スルコトヲ必要トシ前者ハ之ヲ必要トセストナス。前者ヲ正當トス。此兩主義ハ主トシテ所謂未必的故意(或然的故意; dolus eventualis)ノ場合ニ其結果ヲ異ニス。例ヘハ二階ヨリ石ヲ街路ニ投スルトキハ或ハ行人ニ負傷セシムルコトアルヘク或ハ何等ノ事故ヲ生スルコトナカルヘク兩主義カ著シク其結果ヲ異ニスルハ刑法ノ解釋ナリ。

故意ノ成立ニハ違法ノ認識ヲ必要トセス。通說也(反對石坂氏四三〇頁)。故ニ例ヘハ契約ノ一方ノ當事者カ相手方ニ侮辱セラレタルニ因リ其契約ヲ履行スル義務ナシト誤信シテ違約シ履行セサル場合モ其不履行ハ故意ニ因ル不履行ナリ。

(ロ)　過失(culpa; Fahrlässigkeit)トハ注意ヲ缺クコト卽チ不注意ヲ謂フ(一一a參照)。正確ニ云ヘハ不注意ニテ行爲(不作爲ヲ含ム)ノ結果ヲ豫見セサルニ因リ其行爲ヲ爲ス所ノ心理狀態ヲ謂フ。廣義ノ過失ハ故意ヲ包含ス(例、民四一〇、二。四一八。四、五九。六一一。六二八等參照)。

故意カ行爲者ノ意思能力アルコトヲ前提トスルコト勿論ナルカ不注意モ亦意思ノ作用ヲ爲シ得ルコトヲ前提トスルモノナレハ過失ニモ亦行爲者ノ意思能力ヲ要スルコト勿論也(民七一一。七一三參照)。

彼用者ノ過失

（ハ）債務者ノ故意過失ト同視スヘキ事實　例ヘハ債務者カ履行ノ爲メ任意ニ使用シタル被用者ノ過失（故意ヲ含ム）ノ如キ是ニ屬ス（結果同、勝本氏三二二頁。小町谷氏志林三二卷二號五二頁。昭四、三、三〇大判民集三六四頁。倘民一〇五。一〇六。六五八、二。一一八、一。商三二二、三三七六一九。獨民二七八。五四九、二。瑞債一〇一。二八九。二六四比較參照。又債務者遲滯中ノ不可抗力ニ付テハ**三八**b(3)參照）。蓋其過失ハ債務者ノ行爲ノ延長乃至擴張トモ云フヘキモノナレハ也。故ニ其過失モ亦債權者ニ對シテハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由タルヲ免レサルモノニシテ民法カ第四一五條後段第五三五條第三項等ニ於テ債務者ノ故意又ハ過失ニ因リト云ハス（民四一〇、二。七〇九比較參照）、特ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リト云ヘルハ卽チ斯ル場合ヲモ包含セシムル趣旨也ト解スルヲ相當トシ、第七一五條ノ類推適用アル程度ニ止マルヘキモノニ非ス（結果同磯谷氏二八〇頁以下。獨民二七八。瑞債一〇一。反對鳩山氏四五六頁、倘民七一五條ノ場合ニ付テハ拙著各論**九三七**後段參照）。債務履行ノ爲メ鐵道又ハ郵便ヲ利用セルカ如キ場合ニ於ケル其職員ノ過失ニ付テ云フモ亦同シ（反對勝本氏三二九頁。郵便ニ付キ反對、鐵道ニ付キ同旨小町谷氏前揭五九頁。倘郵便法一三。郵便規則七九參照）。轉借人ハ賃貸人ニ對スル目的物保管義務ノ履行ニ付キ賃借人ノ被用者タルヲ失ハサルカ故ニ轉借人ノ過失ハ賃貸人ニ對シテハ賃借人ノ過失ト同視スヘク（結果同昭四、六、一九大判民集六七五頁。小町谷氏前揭六二頁。倘拙著各論**五二六**參照）、賃借家人又ハ其適法ナル轉借人ノ同居ノ家族、雇人、客人等ノ過失ニ因リテ保管義務ノ不履行ヲ來シタル場合ニ於テモ此等ノ者ハ少ナクトモ保管義務履行ノ爲メノ被用者ニ準スヘキモノナルヲ以テ其過失ハ貸主ニ對シテハ借主ノ過失ト同視スヘキモノトス（結果同小町谷氏前揭六一頁）。多數說ハ債務者ノ責ニ

轉借人ノ過失

歸スヘキ事由ヲ債務者ノ故意過失也トシ（横田氏二三六頁。石坂氏五六九頁。中島氏四七四頁。鳥賀陽氏一四四頁。鳩山氏一五五頁。富井氏二一八頁等）、余モ先ニ此說ヲ採リタルモ今ハ右ノ理由ニ依リ債務者ノ故意過失外ニモ尙債務者ノ責ニ歸スヘキ事由アリト解ス（結果同明四〇、一一、二大判民錄一〇七一頁。反對正一〇、一一、二二大判民錄一九九二頁）。明四一、二、一五大判民錄一九九二頁）。然レトモ少ナクトモ被用者若ハ是ニ準スヘキ者ノ故意過失ヲ要スルカ故ニ右ノ場合ニ無過失責任ヲ認ムルモノト云フハ用語妥當ナラス。

三八　履行遲滯　履行遲滯ハ又債務者ノ遲滯ト云フ。債務者カ履行ノ可能ナルニ拘ラス自己ノ責ニ歸スヘキ事由（**三七**a參照）ニ因リ第一種ノ辨濟期（**三四**參照）マテニ又ハ第三種ノ辨濟期マテニ又ハ辨濟期ニ履行セサルコトヲ謂フ　債務ハ右辨濟期マテニ又ハ辨濟期ニ履行スルヲ本旨トスルモノナレハ也。

三八a　履行遲滯ノ要件左ノ如シ。

(1)　債務ノ存在スルコト

(2)　履行ノ可能ナルコト

(3)　第一種ノ辨濟期（**三四**參照）ヲ經過シタルコト　此辨濟期ニハ確定期限ト不確定期限トアリ。

（イ）債務ノ履行ニ付キ確定期限アルトキハ其經過ト共ニ履行遲滯トナル（民四一二、一。但商二七九其他取立債務ノ場合ハ然ラス）

之ヲ期限ハ人ニ代リテ催告ス（dies interpellat pro homine）ト云フ（倘佛民一一三。九比較參照）。

（ロ）債務ノ履行ニ付キ不確定期限アルトキハ債務者（又ハ其代理人）カ其期限ノ到來ヲ知リ又ハ相當ノ注

意ヲ以テセハ之ヲ知リ得ヘカリシ時ヨリ更ニ怠リナク履行セハ履行シ得ヘキ時間經過ノ時ヨリ遲滯トナル。此場合ハ後ノ時間經過ノ時カ眞ノ履行期也。第四一二條條二項ニハ期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時ヨリトアリテ知ラサルニ付キ過失ノ有無ヲ問ハサルカ如クナルモ過失ニ因リテ知ラサル爲メ履行ヲ爲ササルハ卽チ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行セサルモノナルカ故ニ其不知ハ知リタルト同視スルヲ相當トシ(反對川名氏一四九頁)、又同項ニハ知リタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ストアルモ法律ノ趣旨ハ不確定期限ノ到來ヲ知リタル時迄ニ履行スヘキコトヲ命スルニ非スシテ知リタル時ヨリ怠リナク履行スヘキコトヲ命スルニ外ナラサルカ故ニ右ノ如ク解スルヲ正當トス。不確定期限ノ到來後債權者催告スルモ債務者相當ノ注意ヲ用ヒ是ニ因リテ期限ノ到來ヲ知リ得サルトキハ遲滯ヲ生セサルモノト解ス(是ト異ナリ川名氏一四九頁ハ催告アルモ債務者期限ノ到來ヲ知ラサルトキハ遲滯ヲ生セストシ鳩山氏一三二頁ハ期限到來後催告アルトキハ遲滯ヲ生ストナス)。

(ハ)　債務ノ履行ニ付キ期限ノ定ナキトキハ債權者カ請求卽チ催告(Mahnung, interpellatio)ヲ爲シ其催告ニ定メタル相當ノ期間若ハ催告後相當ノ期間經過ノ時ヨリ遲滯トナル。此場合ハ其期間經過ノ時カ卽チ履行期也。第四一二條第三項ニハ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ストアレトモ如何ナル場合ニハ請求ヲ受ケタル後怠リナク履行スヘキコトヲ請求スルモノニシテ請求ト同時ニ履行スヘキコトヲ請求スルモノト解スヘカラス。

催告ハ債務者ニ對シ債務ノ履行ヲ要求スル意思ノ通知(Willensmitteilung)ニシテ到達ニ因リテ其效力ヲ生ス。催告ハ意思表示也トノ學說アルモ(川名氏二三二頁)催告ヨリ生スル效果ハ債權者カ之ヲ欲シタルコトヲ必要トセサルカ故ニ催告ハ意思表示又ハ法律行爲ノ規定ノ準用アルヘキ也(同旨石坂氏四七四頁。鳩山氏一三三頁。嘉山氏一六二頁以下等)。催告ニハ一定ノ方式ヲ必要トセス。裁判上タルト裁判外タルト又書面ニ依ルト口頭ニ依ルトヲ問ハサル也。催告ニ條件ヲ附シ得ルヤ否ヤニ付テハ議論アルモ催告ニ條件ヲ附スルコトハ毫モ債務者ノ利益ヲ害セサルカ故ニ積極說ヲ正當トス(同旨石坂氏四八二頁以下。結果同嘉山氏一六五頁。原則トシテ反對鳩山氏一三三頁)。催告ノ內容ト當該債務トノ間ニ差異アルモ其債務ニ對スル催告ナルコトヲ債務者ニ於テ認識シ得ヘキ事情アルトキハ有效ナル催告ト云ハサルヘカラス(過入ノ催告ニ付キ同旨石坂氏四七八頁。昭二、三、二二大判民集一三八頁。正二、一二、二二大判民錄一〇五〇頁等。通說也、過不及アル催告ニ付キ同旨橫田氏二三三頁以下)。

損害賠償ノ債務ハ其發生ト同時ニ遲滯ニ陷ルトノ說アリ(勝本氏三八二頁以下。不法行爲ニ因ル場合ニ付キ末弘氏各論一一〇八頁。正八、一一、二九大判法律新聞一六五二號二〇頁、正一〇、四、四大判民錄六二五頁)。然レトモ期限ノ定アルモノト云フヘキ根據ナキカ故ニ催告アリテ後履行遲滯ヲ生スルモノト云ハサルヘカラス(同旨正七、一〇、一〇大判民錄一八九三頁。正一五、一、一)。然レトモ損害賠償ノ債務ハ別段ノ意思表示ナキ限リ金錢債務ニシテ通常其發生ノ時ヨリ法定利息タケノ損

害ハ更ニ發生スルモノナルカ故ニ履行遲滯ニ因ル損害賠償ノ場合ヲ除キ(三七b。民四〇五參照)債務者ハ未タ遲滯ニ陷ラサルモ現ニ辨濟スルニ當リ損害發生ノ時ヨリ起算シ法定利率ニ依ル損害金ヲ加算シテ支拂フヘキ義務アルモノニシテ(同旨正一〇、四、四大判民錄六二五頁。正三、六、二四大判民錄四九三頁)、結果ニ於テハ債務ノ發生ト同時ニ履行遲滯ニ在ルト同一也ト云ハサルヘカラス。

(4)　債務者ノ責ニ歸スヘキ事由(三七a參照)アルコト(但民四一九ノ場合ハ例外)　履行遲滯ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由アルコトヲ要スルヤ否ヤニ付テハ議論ノ存スル所ニシテ、消極ニ解スル學說判例(川名氏一五六頁、岡松氏無過失三九五頁。正八、九、一一大判民錄一一五三頁等)アルモ積極說ヲ正當トス。蓋履行不能ニ因ル損害賠償ニ付テ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ヲ必要トスルコトハ第四一五條ニ明記スル所ニシテ理論上履行不能ノ場合ト履行遲滯ノ場合トヲ區別スヘキ理由ナキノミナラス第四一九條第二項ニ於テ遲延利息ニ付テハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲シ得サル旨規定セルハ卽チ一面ニ於テ其他ノ債務不履行ニ因ル損害ニ付テハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲シ得ルコト隨テ履行遲滯ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ヲ必要トスルコトヲ示スモノト云フヲ得ヘク、又不法行爲ニ因ル損害ノ賠償ニハ故意過失ヲ要件トスルニ拘ラス(民七〇九)債務ノ履行遲滯ニ因ル損害ノ賠償ニハ過失其他債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ヲ要セスト云フハ明ニ權衡ヲ失シ民法ノ精神ニ非サルコト明ナレハ也(結果同召坂氏四八七頁以下。横田氏二三六頁以下。鳩山氏一三六頁以下

正一〇、一一、二二大判評論一〇卷民法一二八九頁。正九、四、五大判民錄四三五頁。尙商三三七。六一九比較參照)。

右ノ如ク履行遲滯ニハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ヲ必要トスルカ故ニ、債務者カ例ヘハ留置權(民二九五)・同時履行ノ抗辯權(民五三三)ヲ有スル場合ノ如ク債務者カ履行期ヲ過クルモ其履行ヲ拒絕シ得ヘキ理由アル場合ニハ履行セスシテ履行期ヲ過クルモ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由アリト云フヲ得サルカ故ニ履行遲滯トナルコトナシ(同旨正一〇、六、三〇大判民錄一二八七頁。正九、一、二九大判民錄二五頁。末弘氏各論一五二頁。横田氏二三五頁以下。鳩山氏一三八頁等。反對石坂氏四八一頁)。

三八b　履行遲滯ノ效果　履行遲滯ノ效果トシテ擧クヘキモノ左ノ如シ(履行遲滯ノ效果ノ一トシテ債權者カ履行ヲ請求シ得ルコトヲ擧ルル學說アリ。鳩山氏一三八頁。嘉山氏一六九頁。磯谷氏三一三頁等。余モ先ニ此說ヲ採リタルモ債權者カ履行ヲ請求シ得ルハ履行遲滯ノ效果ニ非スシテ債權カ辨濟期ニ在ルコトノ效果也ト解スルヲ相當トス)。

(1)　債權者ハ第五四一條第五四二條ニ依リ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得。

(2)　債權者ハ第四一五條以下ノ規定ニ從ヒ履行遲滯ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得。然ラハ履行遲滯中不可抗力ニ因リ履行不能トナリタルトキハ如何。債務者ハ是ニ因ル損害ニ付テモ責ヲ負フトナス判例アリ(明三九、一〇、二九大判民錄一三五八頁)。通說ハ債務者ハ原則トシテ其損害ヲモ賠償スル義務ヲ負ヒ唯履行遲滯ナクモ仍ホ其損害ノ發生シタルヘカリシトキハ遲滯ト其損害トノ間ニ因果關係ナキカ故ニ例外トシテ是レカ賠償ノ義務ナシトナス。然レトモ獨逸民法第二八七條ノ

如キ明文ナキ我法制ノ下ニ於テハ是レ明ニ第四一六條ヲ無視シタル解釋也ト信ス。蓋履行遲滯ト
ナリタルトキハ債務者ハ其遲滯卽チ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ヲ賠償スヘク特別ノ事情ニ
因リテ生シタル損害ハ債務者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ場合ニ於テノミ之ヲ賠償ス
ヘキ義務ヲ負フモノナルコトハ同條ノ解釋上明白也。然ルニ遲滯後債務者ノ責ニ歸スヘカラサル
事由卽チ不可抗力ニ因リテ履行不能トナリタルトキハ其履行不能ニ因ル損害ハ遲滯ニ因リテ通常
生スヘキ損害也ト云フヲ得ス却テ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害也ト云フヘク而モ其不可抗力
ハ債務者カ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシモノニ非サルカ故ニ債務者ハ其履行不能ニ因ル損害ヲ賠償
ノ義務ナキモノト云ハサルヘカラス。

履行不能ニ因ル損害ニテモ其履行不能カ遲滯ノ結果トシテ通常生シ得ヘキモノナルトキハ債務
者ハ其不能ニ因ル損害ノ賠償卽チ其履行ニ代ル損害賠償ヲ爲ササルヘカラス。又履行遲滯ノ結果
契約ヲ解除セラルルトキハ本來ノ債務ハ消滅スルモ其消滅ハ畢竟履行ノ遲滯ニ因リテ通常生スル
コトアルヘキ結果ナルカ故ニ債務者ハ其消滅ニ因ル損害卽チ本來ノ債務ニ代ルヘキ損害ヲ原狀回
復ニ因リテ塡補セラレサル限度ニ於テ賠償セサルヘカラス(二九a(ロ)(3)參照)。

三八c　所謂塡補賠償ノ問題

債務ノ履行ニ代ル損害賠償ヲ學者稱シテ塡補賠償ト云フ。凡

ソ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行不能トナリタル場合ニ塡補賠償ヲ請求シ得ルコト論ヲ
竢タス。然レトモ履行遲滯ノ場合ニ本來ノ債務カ猶存在シ其履行カ可能ナルニ拘ラス債權者ハ仍
ホ其塡補賠償ヲ請求シ得ルヤ否ヤニ付テハ議論岐レ或ハ絕對的定期行爲ノ場合ニハ請求シ得ルモ
其他ノ場合ニハ請求シ得ストナシ(石坂氏四九九頁以下)、或ハ契約上ノ債務ニ付テハ遲滯以後ノ給付カ債權者
ノ利益トナラサルカ如キ特別ノ事由ナキ限リ債權者ハ契約ヲ解除シタル後ニ非サレハ請求シ得ス
トナシ(正四、六、一二大判民錄九三一頁)、或ハ債務ノ性質カ强制履行ヲ許ササルトキ、遲延シタル履行カ
債權者ノ利益トナラサルトキ及ヒ債務者カ判決ニ基キ履行ヲ爲ササルトキニ於テノミ請求シ得ル
モノト解シ(正七、四、二大判民錄六一五頁)、或ハ原則トシテハ請求シ得ルモ唯契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ
テ其請求權ナキモノト認ムヘキ場合及ヒ其請求ヲ爲スコトカ信義ノ原則ニ反スル場合ニノミ例外
トシテ請求シ得サルモノトナス(横田氏三一五頁以下)。然レトモ余ハ民事訴訟法第七三四條末段ノ適用又ハ準
用ヲ求ムル場合ノ外請求シ得サルモノト解ス。民法第四一五條ハ不履行ニ因ル損害賠償ヲ請求シ
得ルコトヲ規定スレトモ其損害タルヤ不履行ニ因リテ既ニ生シタル損害也ト解スヘク未タ發生セ
サル損害ヲ包含スルモノト解スヘカラス。而シテ履行遲滯トナルトキハ是ニ因リテ既ニ生シタル
損害アルヘシト雖モ本來ノ債務ハ猶存在スルカ故ニ是ニ代ルヘキ損害ハ未タ發生セス隨テ其賠償

ヲ請求シ得サルヤ論ヲ俟タス。換言セハ本來ノ債務ニ代ル損害賠償ノ債務ハ本來ノ債務消滅スルニ非サレハ發生セサル也。然ルニ學者或ハ債權者ハ本來ノ債務ノ履行ヲ請求スルト同時ニ若シ其履行ヲ爲ササルトキハ是ニ代ル損害賠償ヲ爲スヘシトノ請求ヲ爲シ得ルモノトシ（例、中島氏五二二頁以下。遊佐氏五〇二頁）、此見解ヲ採レル判例亦少ナカラス。然レトモ此見解ハ理論上不當ナルコト右ノ說明ニ依リテ明ナルノミナラス結果ニ於テモ甚失當也。例ヘハ米百俵ヲ引渡スヘキ債務アリテ其履行遲滯シタル場合ニ債務者ハ債權者ニ米百俵ヲ引渡スヘシ若シ其引渡ヲ爲ササルトキハ損害ノ賠償トシテ金千五百圓ヲ支拂フヘシトノ判決アリタリトスルモ其所謂引渡ヲ爲ササルコトナルカ明瞭ナラス執達吏カ米百俵ノ强制執行ノ爲メ債務者ノ倉庫ニ到リタルモ執行スヘキ米ナキトキハ金錢ノ强制執行ヲ爲シ得ルモノト解スヘカラス。蓋右ノ如キ判決ニ米ノ引渡ヲ爲ササルトキハト云フハ一種ノ條件也ト見ルヘク、條件ナルトキハ其金錢ノ執行ニハ民事訴訟法第五一八條第二項第五二〇條ニ依リ證明書ヲ以テ其條件ノ成就ヲ證シ執行文ノ付與ヲ受ケサルヘカラサルモ如何ナル事實アルニ因リテ其條件成就シタルカヲ知ルヘキ標準ナケレハ也。而シテ若シ債務者カ遲滯ナク米ヲ引渡ササルトキハ直ニ是ニ代ル損害賠償ノ執行ヲ爲シ得ルモノトセハ債權者ハ履行遲滯トナルヤ、直ニ米又ハ是ニ代ル損害賠償ヲ爲スヘシト云フ擇一的ノ請求

ヲ爲シ其裁判ヲ求メ得サルヘカラサルモ斯ル請求ヲ爲シ得ヘキ根據アルコトナシ。加之、前示ノ如キ判決ヲ爲スニハ米百俵ノ價額ヲ定メサルヘカラサルモ如何ナル時期ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキカト云フニ結局判決言渡ノ當時ヲ標準トスルノ外ナカルヘキモ（同旨正五、六、七大判。正一二、三、七大判。評論一二卷民法二九五頁）判決言渡ノ當時米百俵ノ價額ハ例ヘハ千五百圓ナルニ判決ヲ執行スル當時ニハ價額變動シテ或ハ三千圓トナルコトアルヘク或ハ千圓トナルコトモアルヘク或ハ又目的物ノ如何ニ因リ殆無價値トナルコトモアルヘシ。殆無價値トナリタル場合ト雖モ債務者カ其物ヲ引渡シタルトキハ債權者ハ判決ニ示ス金額ヲ毫モ請求シ得サルヘク若シ價額暴騰シタルトキハ債務者ハ其物ヲ引渡サスシテ金錢ヲ支拂ヒ債權者ノ利益ヲ不當ニ害スルコト大ナルヘク斯ル不都合ノ結果ヲ生スルハ則チ前示判例ノ如キ見解ノ誤レルコトヲ證スルモノト云フヘシ。學者或ハ絕對的定期行爲ニ付キ債務者遲滯ノ場合ニハ債權者ハ直ニ塡補賠償ヲ請求シ得ルモノトナス（石坂氏五、〇二頁）。然レトモ定期行爲ノ場合ト雖モ履行遲滯ニ因リ當然本來ノ債務カ消滅スルモノニ非サルコト第五四二條ニ依リテ明白ナルカ故ニ契約ヲ解除セスシテ直ニ履行ニ代ル損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキ理由ナク、又履行ニ代ル損害ノ賠償ヲ請求シ得ルモノトスルモ遲滯以後ニ於ケル其債權ハ著シク價値ヲ減シ殆無價値ナルコトアルヘキカ故ニ其債務ノ履行ニ代ル損害ノ賠償ヨリモ寧ロ遲滯ノ爲メ價値ヲ減シタルニ因ル損害

ノ賠償ヲ請求シ仍ホ直ニ契約ヲ解除シテ其既ニ價値ヲ減シタル債務ノ履行ニ代ル損害ノ賠償ヲ請求セハ可ナル也。

履行遲滯トナルモ本來ノ債務ノ履行カ可能ナル限リ債權者ハ其履行ニ代ル損害ノ賠償ヲ請求シ得サルコト上述ノ如シ。然ラハ債務者カ任意ニ履行セサル場合ニ債權者ハ如何ニシテ其救濟ヲ受ケ得ヘキカ。是レ民法第四一四條民事訴訟法第七三二條乃至第七三六條ニ於テ規定スル所也。故ニ例ヘハ債務者カ米百俵ヲ給付スヘキ債務ヲ任意ニ履行セサル場合ニハ債務者カ現ニ米百俵ヲ所有シテ其所在明ナルトキハ債權者ハ民事訴訟法第七三〇條ニ依リテ直接ノ强制執行ヲ爲シ得ヘク、若シ債務者カ米ヲ所有セス又ハ所有スルモ其所在不明ニシテ直接ノ强制執行ヲ爲ス能ハサルトキハ其債務ハ由來强制履行ヲ許スモノナルカ故ニ（三六(3)參照）債權者ハ同法第七三四條ニ依ル强制執行ヲ爲シ得ヘキ也。而シテ裁判所カ同條後段ニ依リ直ニ損害ノ賠償ヲ爲スヘキコトヲ命スル決定ヲ爲ストキハ其效力ヲ生スルト同時ニ本來ノ債務消滅シテ其決定ニ定メタル損害賠償ノ債務是ニ代ルモノト云ハサルヘカラス。卽チ本來ノ債務ハ其履行ノ可能ナル限リ遲滯ノ故ヲ以テ當然損害賠償ノ債務ニ變更スルモノニハ非サルモ同條ニ依ル決定ノ效果トシテ損害賠償ノ債務ニ變更セラルル也。故ニ此決定ノ效果發生後ニ於テハ債權者ハ唯損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキモノニシテ本來ノ債務ノ履行ヲ請求シ得ス。又此損害賠償ノ債務ハ本來ノ債務ニ代ルモノナルカ故ニ裁判所ハ決定當時ニ於ケル本來ノ債權ノ價額タケノ賠償ヲ命スヘキモノニシテ其價額判定ノ爲メ必要ナル場合ニハ鑑定ヲ命シ得ルモノトス。

以上ハ債務ノ性質カ强制履行ヲ許サヽル作爲債務ノ中代替執行ヲ許スモノニ付テノ說明ナルモ强制履行ヲ許サヽル作爲債務ノ中ノナルカ故ニ其履行ノ可能ナル限リ契約解除ノ場合ノ外履行ニ代ル損害賠償ヲ請求シ得ス。又代替執行ヲ許ササル債務ニ付テハ民法第四一四條第二項民事訴訟法第七三三條ニ依リテ執行スヘキモ訟法第七三四條ノ準用ニ依リ本來ノ債務ヲ損害賠償ノ債務ニ變更シ得ヘキ也。

三八d　履行遲滯ノ終了　履行遲滯ハ左ノ事由ニ因リテ終了ス。終了スト雖モ將來ニ向テ消滅スルコトニシテ過去ニ遡リテ遲滯ナカリシコトトナルニ非ス。

（イ）履行ノ提供（民四一四(2)）　但其提供ハ現存債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ナルヲ要ス。

（ロ）債權債務ノ消滅

（ハ）債權者カ履行ニ付キ猶豫ヲ與ヘタルコト　法ハ不能ヲ責メサルカ故ニ其不能ノ爲

（ニ）履行又ハ其受領カ一時的ニ不能トナリタルコト

メ履行ハ自ラ猶豫セラレ可能トナリテヨリ履行期更ニ到來スヘク（三四(ハ)末段及ヒ三八a(3)(ロ)參照）。其到來スルマテノ間債務者ハ遲滯ノ責ヲ免ル。然レトモ其不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルトキハ其履行延滯ニ因ル損害ハ債務者ニ於テ賠償セサルヘカラス。

三九　履行不能

當初ヨリ確定セルトキ卽チ原始的不能（ursprüngliche Unmöglichkeit）ナルトキハ一旦發生シタル債務モ是ニ因リテ消滅ス（何時ヲ標準トシテ右原始的後發的ノ區別ヲ爲スヘキカニ付テハ學說岐ルルモ（鳩山氏一四五頁參照）債務成立ノ時ヲ標準トシ法律行爲ニ付テハ法律行爲成立ノ時ヲ標準トスルヲ正當トス）。而シテ其後發的不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルトキハ是レ卽チ債務者カ其責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲サスト云フコトナルカ故ニ民法ハ此場合ヲモ不履行ノ觀念ニ包含セシメタリ（民四一六。四一八。四二〇參照）。以下說明スル不能ノ區別ハ後發的不能ノ區別ナルモ原始的不能ニモ全ク同樣ノ區別アリ。

(1)　履行ノ不能ヲ絕對不能ト相對不能ニ分ツ。絕對不能ニ事實上ノ不能ト法律上ノ不能アリ。目的物ノ滅失シタルカ如キ場合ハ事實上ノ不能ニシテ法律ノ變更ニ因リ履行スヘキ種類ノ行爲ヲ禁セラレタルカ如キ場合ハ法律上ノ不能也。學者或ハ海底ニ沈沒シタル寶石ヲ給付スト云フカ如ク債務者ノ非常ナル犧牲ヲ必要トスルカ爲メ一般ニ不能ト認メラルヘキ事項ハ法律上不能也トナス（川名氏一〇三頁。大谷氏一〇五頁以下）。然レトモ海底ニ沈沒シタル寶石ニテモ債務者カ非常ノ費用ヲ要スルコトヲ知リナカラ有償又ハ無償ニテ之ヲ取上ケ所有者ニ引渡スヘキコトヲ契約シタルカ如キ場合ニ其給付ヲ右費用ノ故ヲ以テ不能ト云フヲ得サルヤ疑ナカルヘシ。又受寄者甲カ過失ニ因リテ其寶石ヲ海底ニ落シ其占有ヲ失ヒタル場合ニハ甲ハ其實寄託者タル所有者乙ノ物權ヲ侵害シ乙ヲ非常ニ不利益ナル狀態ニ置キタルモノニシテ卽チ損害ヲ加ヘタルモノナルモ民法ハ甲ニ原狀回復ノ義務ヲ負ハシメサルカ故ニ別段ノ約定ナキ限リ甲ハ其寶石ヲ取上ケテ原狀ニ回復スヘキ義務アルコトナク唯乙ニ對シ金錢ヲ以テ其損害ヲ賠償スヘキ義務ヲ負フニ過キサルモノト云フヘク其賠償額ハ寶石ノ價額タルヘキ也。甲カ過失ニ因リ其寶石ヲ竊取セラレタル場合ノ如キ亦同シ（三一a(2)參照）。故ニ右ノ如キ場合ハ履行ノ可能ナリヤ否ヤヲ論スヘキ場合ニ非ス。

(2)　債務ノ履行カ絕對不能ニハ非サルモ債務ノ性質又ハ債務發生ノ目的ニ依リ一般取引ノ通念上其履行ヲ不能トナスモノアリ。余ハ之ヲ相對不能ト名ケント欲ス。第五六一條以下ニ謂フ賣主カ現ニ他人ノ有スル權利ヲ取得シテ買主ニ移轉スルコトノ可能ナリヤ不能ナリヤノ區別ノ如キハ債務ノ性質ト取引ノ通念ニ依リテ之ヲ決スヘキ場合ノ好適例也。卽チ他人カ其權利ノ移轉ヲ一旦拒絕シタル場合ト雖モ後日意ヲ飜シテ權利移轉ヲ承諾スルヤモ測リ難ク隨テ未タ不能ト云フ能ハ

サルカ如クナルモ、斯クテハ永久ニ可能ナリヤ不能ナリヤヲ決スルコト能ハサルニ至リ第五六一條以下ノ規定ヲ設ケタル立法ノ精神ニ反スルカ故ニ、一旦拒絕アリタルトキハ之ヲ以テ不能トナリタルモノト解スヘキ也。又拒絕セサルモ相當ノ期間内ニ其他人ト交涉スル機會ヲ得ル能ハサルカ如キ場合モ亦履行不能ナルモノト云フヘシ。買主カ相當期間ヲ定メ其期間内ニ其權利ヲ取得シテ賣主ニ移轉スヘキコトヲ催告シ賣主カ其期間内ニ履行セサルカ如キ場合ニ於テモ買主ハ之ヲ以テ履行不能トナスヲ得ヘキ也。然レトモ不特定物ニ付テハ債務者カ現在如何ニ無資力其他ノ原因ニ因リテ之ヲ取得スルコト能ハサルモ何時如何ナル事情ニ因リテ之ヲ取得シ得ルヤモ測リ難キカ故ニ一般取引ノ通念上其履行ヲ不能トハナサス。通說ハ履行不能ヲ客觀的不能（objektive Un-möglichkeit）ト主觀的不能（subjektive Un-）ニ區別ス（石坂氏五二六頁以下。鳩山氏一四七頁以下等參照）。然レトモ民法ノ所謂不能ニ斯ル區別ナシ。故ニ民法ノ解釋上此區別ヲ論スルノ必要ヲ見ス。

客觀的不能ト主觀的不能

(3) 履行不能ニ全部不能（total U.）ト一部不能（teilweise U.）トアリ。全部不能ハ給付全部カ履行不能ナルヲ謂ヒ一部不能ハ給付ノ一部カ履行不能ナルヲ謂フ。例ヘハ目的物ノ半分滅失シタルカ如キ場合ハ一部不能也。而シテ一部不能ノ效果如何ト云フニ其不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルトキハ債權者ハ可能ナル部分ノ履行ヲ請求シ得ル外尙損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘク又其債務カ契約ニ因リテ生シタルモノナルトキハ債權者ハ契約ヲ解除シ得ヘキモノトス（民五四三）。反之、其不能カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ルトキハ債權者ハ唯可能ナル部分ノ履行ヲ請求シ得ルニ止マリ不能ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求スルヲ得ス。尙反對給付ノ關係ニ付テハ第五三四條乃至第五三六條參照。

學者或ハ一部不能ノ爲メニ債權者カ殘部ノ履行ヲ受クルニ付キ何等ノ利益ヲ有セサルトキハ第五四三條ノ類推ニ依リ債權者ハ殘部ノ履行ヲ拒絕シテ是ニ代ルヘキ損害賠償ヲ請求スル權利ヲ有ストナス（鳩山氏一、六二頁）。然レトモ履行ヲ受クルニ付キ何等ノ利益ヲ有セサル場合ハ其履行ヲ受ケサルモ是レカ爲メ何等ノ損害ナク從テ其履行ニ代ル損害ノ賠償ト云フコトハアリ得サル也。加之、契約ニ因ル債務ノ場合ハ多クハ雙務契約ニシテ債權者モ亦反對給付ノ債務ヲ負フカ故ニ一部不能ノ場合ト雖モ契約ノ解除權ヲ認メ以テ反對給付ノ債務ヲ免レ得シムヘキ必要アルモ契約ニ因ラサル債務ニ付テハ斯ル必要ナキカ故ニ第五四三條ハ契約ニ因ラサル債務履行ノ一部不能ノ場合ニ類推スヘキモノニ非ス。然レトモ殘部ノ履行ニ付キ債權者カ何等ノ利益ヲ有セサル場合ニハ債權者ハ全部不能ノ場合ト同樣ノ損害ヲ受ケタルモノナルカ故ニ全部ノ損害賠償ヲ請求シ得ヘク債務者カ全部ノ賠償ヲ爲シタルトキハ可能ナル殘部ニ付キ債務ヲ免ルヘキモノトス（民四二二參照）。

通知義務

所謂代償請求權

三九a 履行不能ノ效果　履行不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルトキハ債務者ハ其不能ニ因ル損害賠償ノ責ニ任スルモ（民四一五）其不能カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ルトキハ債務者ハ其損害賠償ノ責ニ任セス（但民五六〇以下ノ規定ニ依リ賣主カ過失ナクモ履行不能ニ因ル損害賠償責任ヲ負フハ例外也。又損害賠償ノ責ニ任セサルモ利益又ハ價額ノ償還ヲ要スルコトアリ民五三六、二、但書。五九二）。然レトモ既ニ遲滯ニ因ル損害アルトキハ是レカ賠償ノ責アルヤ勿論也。債務者ハ履行不能トナリタルコトヲ通知スヘキ義務ヲ負フヤ。積極ニ解スルヲ妥當トス。第四九五條第三項第五二二條第五二七條等ノ規定ヲ類推適用スヘキモノ也（同旨石坂氏五七九頁以下）。學者多ク債務者カ給付不能ヲ生シタル事由ニ因リテ給付ノ物體ノ代償タル利益（Surrogat）ヲ取得シタル場合ニ債權者ハ其利益ノ引渡ヲ請求スル權利ヲ有ストナシ此權利ヲ代償請求權ト稱ス（石坂氏五八一頁。鳩山氏一六三頁。嘉一八六頁。大谷氏一一五頁等）。然レトモ例ヘハ第三者カ過失ニテ債務ノ目的物ヲ破壞シタル爲メ履行不能トナリタルトキハ債權者ハ自己ノ所有權其他ノ物權又ハ債權ノ侵害ニ因ル損害ノ賠償ヲ直接第三者ニ對シテ請求シ得ヘク第三者カ債權者ニ賠償スヘキモノヲ債務者ニ支拂ヒテ其義務ヲ免レタル場合（民四七八）ニハ債權者ハ此部分ニ付キ債務者ニ對シテ不法行爲ニ因ル損害ノ賠償又ハ不當利得ノ返還ヲ請求シ得ヘキモノニシテ獨逸民法第二八一條ノ如キ明文ナキ我民法ノ下ニ於テハ所謂代償請求權ハ之ヲ認ムヘキモノニ非ス總テ不法行爲又ハ不當利得ノ法理ニ依リテ解決スヘキモノトス。

四〇 不完全履行　債務ノ不履行ニハ履行遲滯、履行不能ノ外尙不完全履行アリ。例ヘハ工事ノ請負人カ不注意ノ爲メ不完全ナル工事ヲ爲シテ引渡シ、鑛脈ノ審査ヲ託セラレタル債務者カ不注意ニテ誤リタル審査ヲ爲シ履行期マテニ之ヲ債權者ニ報告シタル場合ノ如キ是也。不完全履行モ亦第四一五條ニ所謂債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササル場合ナルカ故ニ若シ其履行カ追完ヲ許ス場合ニハ債權者ハ追完ヲ請求シ得ヘク（例、民六三四、一）、追完ヲ許ササルトキハ其不完全ナルニ因ル損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキモ別段ノ意思表示若ハ法律ニ特別ノ規定（例、民五六三乃至五七〇。六三五）ナキ限リ債權者ハ其不完全ノ給付ヲ返還シテ履行ニ代ル損害賠償ヲ請求シ又ハ契約ノ解除ヲ爲シ得サルモノトス。蓋其請求又ハ解除ヲ爲スノ必要ト之ヲ爲シ得ヘキ根據ナケレハ也（反對鳩山氏一七〇頁。解除ニ付キ結果同石坂氏六〇二頁）。然レトモ履行ノ不完全ナル程度カ甚シク、一般取引ノ通念上不完全ナカラモ債務ノ履行アリト云フヲ得サル場合ハ全ク債務ノ履行ナキモノト云ハサルヘカラス。

四〇a 債務ノ不法ナル否認　債權者ハ債務者カ其債務ヲ否認スルニ因リテ損害ヲ受クルコトアリ。例ヘハ本日正午東京驛出發ノ豫定ナル債權者ヲ驛迄送ルヘク午前十一時債權者宅ニ自動車ヲ差向クヘキ債務者甲カ午前十時ニ至リテ其債務ヲ否認シタル爲メ債權者カ急遽使ヲ派シテ他ノ自動車屋乙ト契約シ乙カ午前十一時債權者宅ニ自動車ヲ差向ケタル處是ト同時ニ甲モ約ニ違ハ

ス自動車ヲ差向ケタルカ如キ場合ニ於テハ甲ニハ普通ノ意味ニ於ケル不履行ナキモノナルモ債權者ニハ損害アルヲ免レス。而シテ右債務ノ否認カ甲ノ故意過失ニ基ク場合ニ甲ハ其損害ヲ賠償スル義務ヲ負フトナスノ妥當ナルハ疑ナキ所也。惟フニ債務者ハ履行期ニ履行スルヲ要スル外尙履行期前ニ於テモ其債務ヲ否認スヘカラサル義務ヲ負フモノニシテ此義務ハ債務ニ當然從屬シ此義務ノ違背モ亦廣義ニ於ケル債務ノ不履行ニ屬シ其違背カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルトキハ債務者ハ其違背ニ因ル債權者ノ損害ヲ賠償スル義務アルモノト解スルヲ相當トス（地主カ故意ニ地上權ヲ否認シタル結果地上權者ニ損害ヲ生セシメタルカ如キ場合亦然リ）。

第三節　債權者ノ履行受領

四一　債權者ニ履行受領ノ義務ナキヤ

債權者ハ債務ノ履行ヲ受領スヘキ義務（Annahme-pflicht）ナシトスルヲ通說トス（石坂氏六〇五頁。鳩山氏一七一頁。正四、五、二。川名氏二三五頁。嘉山氏九大判民錄八五八頁等）。反之、故梅博士（要義第四一五條）ハ債權者ハ履行ヲ受クル義務ヲ負ヘル者ニシテ此義務ハ卽チ一ノ債務ニ外ナラストナス。第五一九條ハ債權者カ單獨行爲ニテ債務ヲ免除シ得ルコトヲ規定シ學者或ハ此規定ヲ以テ債權者カ履行受領ノ義務ヲ有セストスル一ノ根據トナスモ（鳩山氏尙揭）

債權者ニ受領義務アリヤ否ヤノ問題ハ債權者カ其債權ヲ有シナカラ辨濟ノ受領ヲ拒絕シ得ルヤ否ヤノ問題ニシテ債務ヲ免除シタル場合ニハ債務消滅シ債務ノ履行ナルモノアリ得サルカ故ニ第五一九條ハ此問題ノ解決ニ何等ノ關係アルモノニ非ス。此問題ハ債權債務ヲ認メタル法律ノ本旨ニ鑑ミテ之ヲ決セサルヘカラス。惟フニ法律カ債權債務ヲ認メタルハ債務者ヲシテ之ヲ履行セシメ債權者ヲシテ之ヲ受領セシメンカ爲メ也。故ニ縱令法律ハ債務ノ免除ヲ認ムルモ苟モ債權債務ノ存在スル以上ハ債務者ニハ履行ヲ要求スルモノニシテ債權者カ現ニ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ヲ要求シ債權者ニハ履行ヲ受ケタルニモ拘ラス何等ノ理由ナクシテ其受領ヲ拒絕スルハ卽チ債務者ニ對シテ汝ハ其債務ヲ履行スヘキモノ也。而モ我ハ何等ノ理由ナク唯欲セサルカ故ニ之ヲ受ケサル也ト云フト異ナルナク、如何ニ信義ノ原則ニ悖リ善良ノ風俗ニ反スルカハ自明ノ理ナルカ故ニ債權者ニハ其受領ノ義務アルモノト云ハサルヘカラス。而シテ此義務タルヤ其本質ハ債務ナリト雖モ全ク債權（又ハ其他ノ權利）ニ從屬スル義務ニシテ民法所謂債務ニ非ス（Ⅱ3d、(イ)、民四〇一、二、昭五、八、六大決民集七七三頁昭五、一〇、三一大判民集一〇〇九頁。獨民四三三、二。六四〇參照）。民法所謂債務ノ履行遲滯ニ付テハ特ニ規定ヲ設クル必要アリ。是レ卽チ第四一三條ノ規定アル所以也。

四二　債權者ノ遲滯

債權者ノ遲滯（mora creditoris；Verzug des Glaubigers）ハ又受領遲滯（Annahmeverzug）ト云フ。

債權者カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供(参照)アリタルニ拘ラス其責ニ歸スヘキ事由(三七a参照)ニ因リテ之ヲ受領セサルコトヲ謂フ也。

第四一三條ハ債權者ノ遲滯ニハ歸責事由ヲ必要トスルコトヲ明示セス。又其字句ニ依レハ受領不能ノ場合ト雖モ債權者ハ履行ノ提供アリタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スルモノノ如シ。而シテ通說モ亦之ヲ其文字通リニ解ス。然レトモ余輩ノ如ク債權者ノ受領義務ヲ認ムル以上債權者ノ遲滯ニハ歸責事由ヲ要セサルモノト解スルヲ得ス、又受領不能ナルニ拘ラス殊ニ債務者カ之ヲ知リナカラ履行ノ提供ヲ爲スハ全ク無用無意味ノコトニシテ到底債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ト云フヲ得サルカ故ニ債權者ノ責ニ歸スヘカラサル受領不能ノ場合ニハ債權者ハ遲滯ノ責ニ任セサルモノト云ハサルヘカラス。

四二a 債權者遲滯ノ效果

(1) 民法ハ直接ニ債權者遲滯ノ效果ヲ規定セス。然レトモ債權者ノ遲滯モ亦義務ノ違背ナルカ故ニ其遲滯ニ因リテ債務者ノ受ケタル損害ハ之ヲ賠償スヘキモノニシテ第四一五條乃至第四一八條ハ其準用アルモノト解ス。今例ヲ以テ說明スレハ債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒテ給付ノ目的物ヲ債權者ノ住所ニ運搬シ之ヲ提供シタルニ債權者カ受領ヲ拒絕セハ債務者ハ之ヲ持還ラサルヘカラス。而シテ持還ルニハ費用ヲモ要スヘキニ債權者カ故ナク受領ヲ拒絕シタル爲メ其持還ノ費用ヲ要シタリトセハ債權者ハ之ヲ賠償セサルヘカラス(民四八五但書。獨民三〇四參照。結果同鳩山氏一七八頁。横田氏二五二頁。嘉山氏一九九頁等。反對石坂氏六三七頁)。又其物ヲ持還ラシムルトキハ途中强盜ニ襲ハレ債務者負傷シタルカ如キ場合ニ於テハ債權者ハ第四一六條第二項ノ準用ニ依リ其損害ヲ賠償セサルヘカラス。通說ニ從ヘハ斯ル場合ニ於テモ債權者ニハ何等ノ義務違反ナキコトトナルヘキモ其不當ナルコト言ヲ竢タサルヘシ。

(2) 債務者ハ債權者遲滯ノ時ヨリ將來ニ向テ自己ノ遲滯ノ責ヲ免ルルモノニシテ此效果ハ第四九二條ニ定ムル辨濟提供ノ效果ト全ク一致ス。故ニ債權者ハ自己ノ遲滯ノ消滅セサル間ハ質權、抵當權ヲ實行シ得サルハ勿論、其間違約金、遲延利息其他延滯ニ因ル損害賠償及ヒ約定利息ノ債權ハ其發生ヲ停止ス(同旨正五、四、二六大判民錄八〇五頁。鳩山氏一八〇頁。横田氏二五二頁等。反對石坂氏六三六頁。利息ニ付同旨獨民三〇一)。而シテ受領遲滯ノ繼續中債務者ノ注意義務ニ付テハ或ハ故意又ハ重過失ニ付テノミ責任アリトナシ(中島氏四〇二頁。獨民三〇〇)或ハ自己ノ財產ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スヲ以テ足ルトナスモ(鳩山氏一八〇頁。嘉山氏二〇〇頁。横田氏新報三二卷六號五七頁以下。磯谷氏三三六頁)、余ハ注意義務ノ輕減ナシト解スルノ正當ナルヲ信ス(結果同石坂氏六三四頁。尙一(6)及ヒ拙著各論七二三參照)。受領遲滯ハ債權者カ受領可能ノ狀態ニ在リテ受領ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ履行ノ提供撤回後ニ於ケル同時履行ノ抗辯

ヲ妨ケス（揖著各論一三六參照、反對鳩山氏一八一頁）。又受領遲滯中當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ル履行不能ハ第五三六條第二項ニ所謂債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ル履行不能ニ該當セス（三八b(2)比較參照。反對鳩山氏一八一頁。石坂氏二一四三頁。末弘氏各論一七六頁。反對說ハ獨民三二四、二ノ如キ明文ナキ我民法ノ下ニ於テ其明文アルト同一ノ結果ヲ認ムルモノナルモ第五三六條ノ明文ニ反ス。又通說ノ如ク受領遲滯ニ過失ヲ要セストスルトキハ反對說ノ採リ難キコト一層明ナルヘシ）。

(3)　債務ノ目的物カ供託シ得ヘキトキハ債務者ハ供託ニ適セス又ハ滅失毀損ノ虞アリ若ハ保存ニ付キ過分ノ費用ヲ要スルトキハ債務者ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ競賣（自助賣却）シ其代價ヲ供託スルコトヲ得（民四九七）。

四二b　受領遲滯ノ終了　受領遲滯ハ左ノ事由ニ因リテ終了ス。

(1)　債權消滅シタルトキ。

(2)　當事者カ更ニ履行期ヲ定ムル契約ヲ爲シタルトキ。

(3)　債權者カ履行受領ノ準備ヲ爲シ履行ヲ催告シタルトキ。

第五章　債權ノ第三者ニ對スル效力

第一節　總說

四三　債權ノ第三者ニ對スル效力中最モ重要ナルモノハ不可侵性ニシテ更ニ其效果トシテ視ルヘキモノハ特定給付ノ債權ノ排他性也。然レトモ不可侵性及ヒ排他性ニ付テハ既（五。六參照）ニ述ヘタルカ故ニ玆ニ贅セス。本章ニ於テ述ヘントスルハ債權者代位權及ヒ債權者取消權也。前者ハ債務者カ自己ノ財產權ヲ行使セサル場合ニ債務者ノ財產ヲ保全スル爲メ債權者カ代リテ之ヲ行フ權利也。後者ハ債務者カ其財產ヲ減少スル法律行爲ヲ爲シ債務辨濟ノ資力ヲ不足ナラシメタル場合ニ其法律行爲ヲ取消シ資力ヲ回復スル債權者ノ權利也。蓋債務者ノ財產ハ是ニ依リテ滿足ヲ受ケントスル總債權者共同ノ擔保タル用ヲナスモノナレハ民法ハ此共同擔保ヲ維持スル爲メ右兩種ノ權利ヲ債權者ニ認メタルモノ也。

第二節　債權者代位權

四四　性質　債權者代位權（action subrogatoire）ハ又間接訴權（action indirecte; action oblique）若ハ代位訴權ト云フ。債權者カ直接ニハ債務者ノ財產ヲ保全シ間接ニハ自己ノ債權ノ滿足ヲ得ンカ爲メ債務者ニ代リテ其權利ヲ行使スル權利也。學者或ハ權利分類ノ上ヨリ論セハ此權利ハ自己ノ行爲ニ依リテ一種ノ法律上ノ效果ヲ發生セシメ得ル權利ナレハ之ヲ廣義ニ於ケル形成權ニ數フルヲ得ヘシトナスモ（鳩山氏一八四頁）債權者カ債權者代位權ノ行使トシテ債務者ノ財產ニ對スル事實上ノ保存行爲ヲ爲スカ如キ場

合ヲ考フレハ斯ル場合ノ代位權モ亦形成權也ト云フハ當ラス。故ニ債權者代位權ハ强ヒテ之ヲ形成權ノ範疇ニ入レス一種特別ノ權利ニシテ債務者ノ權利ヲ自己ノ名ニ於テ行使スルコトヲ得ヘキ一種ノ代理權也ト云フノ妥當ナルヲ信ス（同旨川名氏二五〇頁以下。尙此點ノ學說ニ付テハ鳩山氏前揭註、石坂氏六四八頁等參照）。債權者代位權ノ制度ハローマ法及ヒ獨法系ニナク、佛法系ノ立法之ヲ認ム。我民法ハフランス民法第一一六六條ニ倣ヘルモノ也。

四五　代位權行使ノ範圍　代位權行使ノ範圍ニ付テハ法律ニ明文ナシ。然レトモ更改、免除、讓渡、和解等ノ處分行爲ヲ爲スヲ得サルハ代位權ノ性質上明白也。學者或ハ代位權ノ性質上相殺モ亦爲シ得サルモノト爲セトモ（石坂氏六七五頁）債務者ノ第三者ニ對スル債權カ時效ニ因リ消滅シタルモ債務ハ消滅セス第五〇八條ニ依リテ相殺シ得ル場合若ハ第三債務者無資力ナル場合ノ如ク相殺ニ因リテ債務者ノ資產狀態ヲ良好ナラシメ得ル場合ニ於テハ代位權ノ行使トシテ相殺モ亦爲シ得ルモノト解セサルヘカラス（同旨鳩山氏一九三頁）。而シテ通說ハ訴訟法トノ關係ヲ顧ルコトナク權利ノ保存及ヒ實行ヲ目的トスル一切ノ裁判上及ヒ裁判外ノ行爲ハ債權者ニ於テ爲スコトヲ得ルモノトナス。是レ第四二三條ノ文理解釋也。惟フニ裁判外ノ行爲ニ付テハ同條ノ文理解釋ニ從フヲ正當トス。然レトモ裁判上ノ行爲ニ付テハ訴訟法トノ關係及ヒ債務者又ハ第三者ノ利益ヲ不當ニ侵害スルコトナキヤ否ヤヲ考ヘ論理的ニ之ヲ解釋セサルヘカラス。

(1)　裁判上ノ行爲　債權者ハ第四二三條第二項、非訟事件手續法第七二條以下ノ規定ニ從フ裁判上ノ代位ニ依ルヲ要セサル場合ニ民事訴訟法第六〇〇條以下ノ規定ニ從フ取立命令ニ依ラシテ債務者ニ代位シ第三者ニ對シテ訴訟行爲ヲ爲シ得ルヤ。通說ハ之ヲ認メ未タ反對說アルヲ聞カス。而シテ其訴訟ニ於ケル判決ノ效力カ當然債務者ニ及フヤ否ヤニ付テハ學說岐レ多數說ハ債務者ニ及ハストナス（石坂氏六八一頁以下。横田氏四一三頁。鳩山氏一九六頁。正一一、八、三〇大決民集五〇七頁等）。又判決ノ既判力ハ特別ノ規定アル場合（例、商九九ノ四。人訴一八、一。破二五〇）ノ外第三者ニ及ハストナスヲ通說トスレトモ、卑見ニ依レハ此通說ハ根據ナキ獨斷也。凡ソ一定ノ法律關係ヲ訴訟ニ依リテ確定シ得ヘキ適格ヲ有スル者ヲ雙方ノ當事者トスル判決ノ既判力ハ其當事者ノミナラス、第三者ニ對シテモ其效力ヲ生シ、第三者モ之ヲ爭フコトヲ得サルモノニシテ、此コトハ民事訴訟法第五一九條、破產法第二四八條等ノ規定ニ依リテモ窺知シ得ヘキ也。而シテ債權者カ代位權ヲ行使シテ訴訟ヲ爲ス場合ニハ債權者及ヒ其訴訟ノ相手方ハ卽チ右ノ適格ヲ有スルモノナルカ故ニ其訴訟ニ於テ債務者ノ權利ノ有無ヲ理由トスル判決カ確定スルトキハ是ニ因リテ債務者ト右ノ相手方タル第三者間ノ法律關係ハ確定スルモノニシテ隨テ其判決ノ效力ハ當然債務者ニ及フモノト云ハサルヘカラス（結果同川名氏二五一頁）。若シ及ハサルモノト

センカ敗訴ノ確定判決ヲ受ケタル右ノ第三者カ更ニ債務者ヲ被告トシテ其法律關係不存在確認ノ訴ヲ提起スルモ債務者ハ既判力ノ抗辯ヲ爲シ得サルカ故ニ第三者勝訴ノ確定判決ヲ受クルコトアルヘク、第三者ハ債務者自ラ其權利ヲ行使スル場合ニ比シテ不利益ナル地位ニ立ツコトナク、第三者カ其權利ニ付キ債務者ニ對シテ有スル一切ノ抗辯權ハ之ヲ債權者ニ對シテ行使シ得ルモノナルカ故ニ第三者ハ右勝訴ノ確定判決ヲ以テ債權者ニ對抗シ債權者ノ先ニ得タル勝訴ノ確定判決ヲ無意味ナラシメ得ルノ不都合アルノミナラス債權者ノ得タル判決ノ效力カ債務者ニ及ハサルモノトセハ他ノ債權者ニモ及フヘキ道理ナキカ故ニ債權者數名アル場合ニハ其債權者ハ順次更替シテ勝訴ノ確定判決ヲ得ルマテ同一ノ法律關係ニ付キ何回ニテモ訴ヲ提起シ得ヘク、第三者ハ同一ノ法律關係ニ付キ何回勝訴スルモ相手方異ナルカ爲メ既判力ノ抗辯ヲ爲スヲ得ス第三者ノ利益ハ不當ニ侵害セラレ既判力ヲ認メタル法律ノ精神ハ大半蹂躙セラルヘキカ故ニ、若シ債權者カ代位シテ訴訟シ得ルモノトセハ其判決ノ效力ハ當然債務者ニ及フモノト云ハサルヘカラス。

然ルニ第四二三條ノ明文ハ期限ノ到來シタル債權者ノ代位權行使ニ付キ何等ノ制限ヲ規定セサルカ故ニ其債權者ハ裁判上ノ代位ヲ要セスシテ直ニ債務者ノ訴權ヲ行使シ訴ヲ提起シ得ルモノノ如クニモ解セラレ、通說ハ之ヲ認ムト雖モ、斯クセハ期限ノ到來シタル自稱債權者ハ債務者ノ知ラ

期限到來セル債權者ト訴權ノ行使

サル間ニ其訴ヲ提起シテ不十分ニ訴訟行爲ヲ爲シ容易ニ敗訴ノ確定判決ヲ受クルコトアルヘク、又其訴訟ノ勝敗如何ニ拘ラス判決確定後債務者ハ債權者ヲ相手取リ債權者ノ債權不存在確認ノ訴ヲ提起シテ勝訴ノ確定判決ヲ受ケ債權者カ權利ナクシテ代位シタルコトヲモ確定シ得ルコトアルヘク、斯ル場合ニハ債權者カ代位シテ得タル確定判決ハ勝訴ノ場合ト雖モ債務者ニ對シテ效力ヲ生シ債務者ハ救濟ヲ受クルノ方法ナキニ至ルヘク、右ノ如キ代位ヲ認ムルコトカ如何ニ債務者ノ利益ヲ不當ニ侵害スルモノナルカハ言フヲ竢タサル所ニシテ法理上許ス可カラサル事ナリト云ハサルヘカラス。飜テ民事訴訟法ノ規定ヲ見ルニ辨濟期到來シタルノミナラス債務名義ヲ有スル債權者カ債務者ノ訴權ヲ行使スルニモ取立命令ヲ必要トシ（民訴六〇〇。六〇二。六一〇）、取立命令ヲ必要トスルカ如キ場合ハ通常債務者ノ資力十分ナラスシテ第四二三條ニ所謂債權保全ノ必要アル場合ナルヘキニ債務名義ナキ自稱債權者カ債務者ノ訴權ヲ行使スルニハ斯ル手續ヲ要セス直ニ之ヲ行使シ得ルモノトナスハ民事訴訟法トノ權衡ヲ失スルコト餘リニ甚シク同法ノ精神ニ牴觸スルコト明瞭ニシテ一方ハ民法、他方ハ民事訴訟法ナリト雖モ此兩法ハ互ニ孤立シタル法律ニ非ス相合シテ一體ヲ成スモノナレハ第四二三條ハ法理ト民事訴訟法トノ制限ヲ受ケ期限ノ到來シタル債權者ハ民事訴訟法ノ認ムル取立命令ニ依ルニ非サレハ債務者ニ代

位シテ訴訟行爲ヲ爲スヲ得サルモノト解セサルヘカラス（但權利ノ性質上取立命令ヲ許ササルモノニ在リテハ未タ債權者ノ債權カ期限到來セサル場合ノ規定ヲ準用シ裁判上ノ代位ニ依リテ債權ヲ行使シ得ルモノト解スルヲ相當トス）。然ラハ期限ノ到來セサル債權者ハ如何ニシテ其代位權ヲ行使シ得ヘキ乎。第四二三條第二項、非訟事件手續法第七二條以下ニ其手續ヲ規定ス。乃チ債權者ハ裁判上ノ代位ニ依リ其代位權ヲ行使シ得ルモノナルカ同法第七六條第七七條ニ依レハ代位ノ申請ヲ許可シタル裁判ハ職權ヲ以テ債務者ニ告知スルヲ要シ、告知ヲ受ケタル債務者ハ其權利ヲ處分シ得サレトモ其裁判ニ對シテハ卽時抗告ヲ爲スヲ得。然ルニ期限ノ到來シタル債權者ノ代位權行使ニ付テハ民法及ヒ非訟事件手續法ニ何等其手續ノ規定ナキモ學者或ハ裁判上ノ代位ニ依ル場合トノ權衡上債權者カ代位權ノ行使ニ著手シタル時債務者ハ其權利ノ處分權ヲ失フトナス（鳩山氏二一二頁、石坂氏六、八〇頁）。又其處分權ヲ失フ時期ハ債權者カ債務者ニ對シテ代位ノ通知ヲ爲シタル時ナリトナス說アリ（鳩山氏一、九五頁）。惟フニ期限ノ到來シタル債權者ノ代位權ノ行使中代位ノ物體（四七參照）タル權利ヲ債務者カ任意ニ處分シ得ルモノトナスノ不當ナルハ裁判上ノ代位ニ依ル場合トノ權衡上明白ナルモ債務名義ヲ有セサル自稱債權者カ期限到來シタリトテ代位權ノ行使ニ著手シ又ハ其著手ヲ債務者ニ通知スルニ因リテ債務者カ當然其處分權ヲ制限セラルトナスカ如キハ到底妥當ニ非ス。故ニ立法者ハ期限ノ到來シタル債權者ノ代位權行使ノ手續ハ民事訴訟法ノ規定ニ依ラシムル精神ニテ民

期限到來前ノ債權者ト代位權ノ行使

法及ヒ非訟事件手續法中ニ特ニ其手續ヲ規定セサリシモノト解スルヲ相當トス。舊民法財產編第三三九條ハ「債權者ハ其債務者ニ屬スル權利ヲ申立テ及ヒ其訴權ヲ行フコトヲ得。債權者ハ此事ノ爲メ或ハ差押ノ方法ニ依リ或ハ債務者ノ原告又ハ被告タル訴ニ參加スルコトニ依リ或ハ民事訴訟法ニ從ヒテ得タル裁判上ノ代位ヲ以テ第三者ニ對スル間接ノ訴ニ依ル」（第三項ハ略ス）ト規定シ此末段ノ規定ニ依ルモ右ト同一ノ結果トナルヘク、民法第四二三條ハ卽チ舊民法ノ此規定ノ精神ヲ捨テサルモノ也ト信ス。

(2)　裁判外ノ行爲　　期限ノ到來シタル債權者ハ其債權保全ノ爲メ裁判外ニ於テ任意ニ其代位權ヲ行使シ、例ヘハ債務者ノ債權ヲ取立テ得ルモノトス。是レ通說ノ認ムル所ニシテ第四二三條ノ文理解釋上亦然リ。而シテ債權者カ第三者ヨリ取立テタルモノカ相殺ニ適スルトキハ債權者ハ債務者ニ對スル相殺ニ因リテ自己ノ債權ノ滿足ヲ受ケ得ヘシ。然レトモ若シ相殺ニ適セサルトキハ取立テタル物ヲ如何ニ處理スヘキカニ付キ何等ノ規定ナキカ故ニ債權者ハ更ニ其物ヲ債務者ニ交付スルヲ要シ交付スルトキハ債權保全ノ目的ヲ達スルコト困難トナルヘシ。左レハトテ直ニ之ヲ差押ヘ得ヘキ債務名義アル場合ニハ債權者ハ初ヨリ强制執行ヲ爲シ得ヘキカ故ニ其債務名義ナクシテ代位ニ依リ取立テタル場合ニハ其取立テタル物ニ付キ假差押ヲ爲シ置クノ外相當ノ方法ナ

カルヘキモ本來取立命令モナキニ第三者カ任意ニ債權者ニ辨濟スルカ如キハ事實上稀有ナルヘキカ故ニ裁判外ノ取立ニ付テハ民法第四二三條ハ殆其實用ナカルヘシ。惟フニ裁判外ノ代位權ノ行使ニ付キ主トシテ同條ノ實用アルハ取立ニ關セサル權利ノ行使ニシテ例ヘハ取消權、解除權（民五四五。五八二ノ等參照）、權利消滅請求權（民二七六。二六六）ノ如キ權利ノ行使又ハ保存行爲ヲ爲ス場合也ト信ス。債務者ノ爲メニ時效ヲ中斷シ、債務者カ未登記ノ權利ヲ有シテ第三者對抗要件ヲ備ヘサル場合ニ其登記ヲ爲スカ如キハ保存行爲也（登四六ノ二）。債權者ハ又同條ニ依リ債務者ノ財產タル物ニ付キ事實上ノ保存行爲ヲモ爲スヲ得ヘシ。

四六　代位權行使ノ要件及ヒ效力　　代位權行使ノ要件左ノ如シ。

(1)　債權者カ自己ノ債權保全ノ必要アルコト　　其債權保全ト云フハ債務者ノ消極財產ニ對スル積極財產ノ比率カ減少シテ債權者ノ債權ノ滿足ヲ得ルコト困難ナル場合又ハ困難トナルノ虞アル場合ニ其比率ヲ債權ノ滿足ヲ得ルニ必要ナル程度ニマテ回復シ又ハ其比率ノ減少ヲ防クコトナリ。此必要アルニ非サレハ債權者ノ干涉ヲ許スヘキニ非ス（同旨石坂氏六五三頁川名氏二五五頁）。然ルニ債權保全ノ必要トハ特定債權ノミノ保全ニ必要ナルヲ以テ足ルトシ、不動產ノ移轉登記請求權ニ付テ債務者ノ無資力ヲ必要トセス當該債權ノ保全ニ必要ナルヲ以テ足ルトセル判例學說アリ（正四、五、二九大決民錄八六五頁。正元、一二、一四法曹會決議法曹二二卷一二號四七頁。鳩山氏一七八頁等）。然レトモ登記請求權ハ物權ノ效力ニシテ物上請求權ナルカ故ニ甲カ其不動產ヲ乙ニ讓渡シ乙カ登記ヲ受ケスシテ更ニ之ヲ丙ニ讓渡シタル場合ニ於テハ乙ハ最早物權ヲ有セサルカ故ニ甲ニ對シテ其移轉登記請求權ヲ有セス移轉登記請求權ハ甲ヨリ直接現在ノ所有者丙ニ對シテ爲スヘキモノト云ハサルヘカラス。若シ夫レ丙ハ甲ニ對シ直接ノ移轉登記請求權ヲ有セス乙カ依然トシテ移轉登記請求權ヲ有スルモノトシ其權利カ債權ナリトセハ乙ハ第五一九條ニ依リ甲ニ對シテ其債務ヲ免除シ得ヘク、假ニ債權ナラストスルモ之ヲ拋棄シ得ヘク、乙カ免除又ハ拋棄ヲ爲シタル場合若ハ死亡シテ相續人ナキ場合又ハ乙カ會社ニシテ解散シ淸算終了シタル場合ニハ丙ハ全ク登記ヲ受クル能ハサルノ不都合ヲ生スヘシ。是レ卽チ乙カ其移轉登記請求權ヲ有スルトナスノ誤解ナルコトノ確證也。故ニ此場合ニハ丙ノ行使スヘキ乙ノ權利ナク、丙ハ直ニ自己ノ權利ヲ行使シテ自己ノ名義ニ移轉登記ヲ請求シ得ヘキ也（又土地ノ賃借人ハ第三者カ其土地ヲ不法ニ占據シテ判民集七三五頁ヽ卑見ニ依レハ賃借權ハ物權ナル故（拙著各論五一八、五一九參照）賃借人ハ直接自己ノ賃借權ニ基ク物上請求權ニ依リ右妨害排除ノ請求ヲ爲スヲ得、假ニ賃借權ハ債權ナリトスルモ亦然リ（五末段參照）。故ニ此場合ニ代位ハ必要ナシ、許スヘカラス）。

(2)　裁判上ノ代位ニ依ラスシテ代位權ヲ行使スルニハ債權者ノ債權カ期限到來セルコトヲ要ス。第四二三條第二項ニ所謂期限ハ第二種ノ辨濟期也（三四參照）。而シテ其期限到來前ニ代位シント

代位權行使ノ效力

欲スル場合ニハ債權者ハ裁判所ニ裁判上ノ代位ヲ申請シ其許可ヲ受クルニ非サレハ債務者ノ權利ヲ行フヲ得ス（民四二三、二。非七二乃至七九）。但例外アリ、保存行爲ヲ爲スカ爲メニハ期限到來シタルコトヲ要セス又裁判上ノ代位ノ手續ニ依ルヲ要セサルモノトス。是レ保存行爲ノ場合ニハ債務者ノ利益ヲ保全スルモノニシテ債務者ヲ害スルノ虞ナキヲ以テ也。此ニ裁判上ノ代位ト云フモ債務者ノ權利ヲ裁判上行使スルノ意ニ非スシテ唯代位ニ付キ裁判所ノ許可ヲ得ルコトヲ裁判上ノ代位ニ依ルト云フニ過キス。此事誤解ナキヲ要ス。

(3)　債務者カ自ラ其權利ヲ行使セサルコト　是レ法律ノ明文ニ定メサル所ナルモ代位權ノ性質上當然ノコト也（同旨川名氏二五六頁。鳩山氏一八八頁。石坂氏六五七頁等）。

代位權行使ノ要件ハ以上ニ盡ク。而シテ裁判上ノ代位ニ依ラサル代位ノ場合ハ債權者ノ債權ノ期限タル裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ債務者ニ告知スルコトヲ要シ告知ヲ受ケタル債務者ハ其權利ヲ處分スルヲ得ス（非七六）。保存行爲ニ非スシテ裁判上ノ代位ニ依ル場合ニ比シ代位ノ效力薄弱ナルヲ得ストノ到來後ナルカ故ニ期限到來前ナル裁判上ノ代位ニ依ル場合ニハ爾後債務者ハ其代位セラルヘキ權利ヲ處分シ得ストナス學說アリ（四五(1)第二項後段參照）。然レトモ根據ナキ見解也。裁判外ニ於テ代位權行使ノ場合ハ强制執行ニ依ラスシテ債務者ノ財產ニ干涉スルモノナルカ故ニ法律ニ明文アル場合ノ外容易ニ債務者ノ自由ヲ束縛スヘキモノニアラス。債權者カ代位セントシテ欲シテ其通知ヲ爲シ其後何時マテモ代位セサルトキハ如何。裁判上ノ代位ニ依ル場合ニ於テスラ裁判所ノ告知ニ依リ債務者ニ處分ヲ禁スルハ立法上果シテ相當ノコトナルヘキカ疑ナキ能ハス。況ンヤ債權者一個人ノ通知カ裁判所ノ告知同樣債務者ニ處分ヲ禁スル效力ヲ生スルモノニ非サルカ故ニ裁判上ノ代位ニ依ル場合ノ右ノ效果ヲ裁判上ノ代位ニ依ラサル裁判外ノ代位權行使ノ場合ニ類推スヘキモノニ非サル也。而シテ裁判上其代位權ヲ行使スル場合ハ卽チ先(1)（四五）ニ述ヘタルカ如ク强制執行ニ屬スルカ故ニ差押ノ結果債務者カ其代位セラルヘキ權利ヲ處分シ得サルヤ勿論也。尙代位ノ第三者ニ對スル效力ニ付テハ四五(1)第一項中段以下ノ說明參照。

四七　物體　債務者ニ屬スル權利ハ代位ノ物體タリ得ルヲ原則トス（債權ノ讓渡人カ其讓渡チ債務者ニ通知スルコトハ債務者ニ對スル讓渡人ノ權利ニ非サルチ以テ讓受人ニ於テ代位スルチ得ストノ判例アリ（昭五、一〇、一〇大判民集九四八頁）。正當也）。而シテ其物體タリ得ル權利卽チ代位ニ依リテ行使シ得ヘキ權利ニ付テハ第四二三條ノ明文ハ唯債務者ノ一身ニ專屬スル權利ヲ除外スルニ過キサルモ其外尙代位ノ性質上自ラ制限ナキヲ得ス。卽チ民法カ債權者ニ代位權ヲ認メタルハ債務者ノ財產ニ因リテ債權ノ滿足ヲ得シメンカ爲メナルヲ以テ法律又ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ債權者

共同擔保ノ目的タルコトヲ禁セラレタル權利ハ縱令債務者ノ一身ニ專屬スル權利ニ非サル場合トヽ雖モ代位ノ物體タルヲ得ス。差押ヲ許サヽル權利（民訴六一八。恩給法一一）ハ是ニ屬ス。而シテ右ニ所謂一身ニ專屬スル權利ハ權利ノ行使カ一身的ナルモノ卽チ權利ノ性質上之ヲ行使スルト否トヲ權利者自ラ決定スルヲ要スルモノヲ意味シ（例、民八八七、一一ニ依ル取消權ノ如キモ是ニ屬ス。同旨正七、六、一九大判民錄一二〇九頁）、相續ノ場合（民九八六。一〇〇一）ニ所謂一身ニ專屬セルモノカ權利義務歸屬ノ一身的ニシテ他人ニ移轉スルヲ容サヽルモノヲ意味スルト同シカラス（同旨鳩山氏一九一頁。嘉山氏二〇八頁。磯谷氏五一〇頁等）。故ニ例ヘハ戶主權、親權、婚姻取消權、離婚請求權、夫婦間ノ契約取消權（民七九二）ノ如キモ第四二三條ニ所謂一身ニ專屬スル權利也。普通ノ金錢債權ニテモ當事者カ移轉ヲ禁シタルモノナルトキ亦然リ。反之、不法行爲ニ因ル損害賠償ノ債權ハ其不法行爲カ身體、健康、名譽、自由ノ侵害タル場合ト雖モ一身ニ專屬スル權利ニ非ス又債權者共同擔保ノ目的タルコトヲ禁セラレタルモノニ非サルカ故ニ代位ノ物體タリ得ルヲ原則トシ（反對鳩山氏一九一頁。石坂氏七六一頁）、唯其請求原因タル事實ヲ公表スルコトカ被害者ノ名譽ヲ害スヘキモノニシテ未タ公表セラレサル場合ニ於テノミ例外トシテ一身ニ專屬スル權利也ト解スルヲ相當トス。

四八　效果　代位權行使ノ效果ハ債務者ニ歸屬ス。是レ債務者ノ權利ヲ行使スル當然ノ結果ニシテ敢テ說明ヲ要セサル所也（尙四五(1)(2)參照）。

第三節　債權者取消權

四九　概念　債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル財產權ヲ目的トスル法律行爲ハ受益者及ヒ轉得者ノ惡意ナル場合ニ於テ債權者之ヲ取消スコトヲ得（民四二四）。此取消ヲ爲シ得ル權利ヲ債權者取消權（Gläubigeranfechtungsrecht）ト云ヒ又詐害行爲取消權若ハ詐害行爲ノ廢罷訴權（action révocatoire）ト云フ。ローマ法以來パウルノ訴（actio pauliana；action paulienne）ト稱セラルルモノニシテ債權者ノ共同擔保ヲ回復スルコトヲ目的トス。

五〇　性質　此權利ニハ廢罷訴權ナル名稱アルモ訴訟法上ノ權利ニ非スシテ實體法上債權者カ債權ノ效力トシテ有スル權利也。而シテ其內容ハ債務者ノ一定ノ行爲ヲ取消スニ在リ隨テ一種ノ形成權也（同旨石坂氏六九六頁。川名氏二七六頁。此說ヲ物權說ト云フ。尙五六參照）。然ルニ此權利ハ取消權ニ非スシテ離脫シタル財產ノ返還ヲ求ムル請求權ナリトスル學說アリ（雄本氏志林一八卷一號三二頁。此說ヲ債權說又ハ請求權說ト云フ）。又此權利ハ取消權ニ非スシテ法律行爲ヨリ生スル效力ヲ或點ニ於テ否認スル權利也、而シテ否認ノ結果受益者又ハ轉得者ニ對シテ債權的請求權ヲ發生セシムルモノ也トスル學說アルモ（加藤氏富井先生還曆祝賀論文集一二三三頁以下）、右兩說ハ法律ノ明文ニ反スルノミナラス詐害行爲カ債務ノ免除又ハ債務負擔行爲タル場合ヲ說明シ難ク爾餘ノ

場合ニ於テモ右ノ權利行使後ニ於ケル債務者受益者轉得者間ノ法律關係ヲ適當ニ且合理的ニ解決シ得サルヲ以テ採リ難シ。更ニ折衷說アリ。此取消權ヲ以テ法律行爲ヲ取消シ且金錢ノ支拂占有ノ返還、登記ノ抹消等債務者ノ財產狀態ノ復舊ヲモ訴求シ得ル權利也トナス（鳩山氏二〇〇頁、磯谷氏五三三頁、嘉山氏二一七頁。明四四、三、二四大判民聯民錄一一、正四、一二、一〇大判民錄二〇三九頁等）。然レトモ後述（五六）ノ如ク取消ノ效果ハ何人トノ關係ニ於テモ生スルカ故ニ取消ノ結果生スル請求權ハ債務者ニ屬スルヲ當然トス。而シテ一面ニ於テ債權者カ債務者ニ屬スル權利ヲ行使スル場合ニ付テハ第四二三條ノ規定アリ債權者ハ同條ニ依リテ右ノ請求權ヲ行使シ又ハ右ノ請求權ニ對シ代位ノ方法ニ出テサル强制執行ヲ爲スニ因リテ保護ヲ受クルノ途アルト、他ノ一面ニ於テ第四二四條ノ明文ニハ單ニ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得トアリテ取消ノ結果生スル請求權ニ付キ何等規定スル所ナキトヲ見レハ、同條ハ其文字通リ單ニ取消ヲ請求シ得ルコトヲ規定シタルニ止マリ取消ノ結果生スル請求權ニ基ク給付ノ判決ヲ求メ得ルコトマテ規定シタルモノニハ非スト解スルヲ相當トス。尤モ同條ニ依ル取消ノ訴ニ取消ノ結果生スヘキ請求權ニ基ク給付ノ訴ヲ併合シ得ルヤ否ヤハ別箇ノ問題ニシテ、判例ハ明治四四年ノ前示聯合部ノ判決以來同條ニ依ル取消ノ訴ニ於テ右給付ノ判決ヲモ求メ得ルモノトシ、殊ニ大正六年三月三一日ノ判決（民錄六一一頁）ハ債權者ハ債務者ニ代位セス自己ノ權利トシテ其給付ヲ求メ得ルモノトナスモ此結論ハ取消ノ效果ハ相對的ニシテ債權者及ヒ被告ト爲リタル受益者轉得者ニ對シテノミ生シ債務者ニ對シテ生セストナス前提ヨリ來ル已ムヲ得サル結論也ト云フヘク（正一〇、六、一八大判民錄一一七〇頁以下參照）、而モ其前提カ事物ノ性質ニ反シ容スヘカラサルモノナルコト後述（五五(3)後段）ノ如クナルヲ以テ右ノ結論ハ他ニ正當ノ理由ナキ限リ是認シ得ヘキモノニ非ス。然ルニ取消ノ效果ハ何人トノ關係ニ於テモ生シ取消ノ結果生スル請求權ハ債務者ニ屬スルコト前述ノ如クナル以上、給付ノ判決ヲ求ムルハ卽チ債務者ニ代位スルモノト云ハサルヘカラサルモ取消ノ判決確定ノ結果始メテ發生スル給付請求權ニ付キ其發生前債權者カ豫メ代位シテ其給付ノ訴ヲ提起シ得ヘキ何等ノ根據ナキヲ以テ詐害行爲取消ノ訴ニ於テハ右給付ノ判決ヲ求メ得サルモノト解スルヲ正當トス。殊ニ其取消ノ訴ハ債務者ニ對シテ債務名義ヲ有セサル債權者モ正當ニ提起シ得ルモノニシテ債務者ハ取消ノ判決確定後ニ於テモ債權者トノ訴訟ニ於テ債務ノ不存在ヲ確定スル判決ヲ受クルコトアリ得ヘク若シ此場合ニ旣ニ債權者カ右取消ノ訴ニ於テ受益者又ハ轉得者ニ對シテ給付ヲ求ムル勝訴ノ確定判決ヲ得タルモノナルトキハ如何ニ不都合ノ結果ヲ生スルカヲ思ヘハ右解釋ノ正當ナルコト一層明也ト云フヘシ。次ニ又此取消權ハ性質上債務者ノ不法行爲ヲ原因トスル賠償請求權也トスル學說アリ（村上氏新報一九卷六號四六頁。倘石坂氏六九二頁參照）。惟フニ債務者ノ詐害行爲ハ故意ニ債權者ノ權利ヲ害スルモノナレハ

詐害行爲ハ一種ノ不法行爲也

公序良俗ニ反スルコト勿論ニシテ一種ノ不法行爲也ト云フヲ得ヘク(大判参照)、其行爲ノ取消ニ因リテ債務者ノ財産上ノ地位ハ回復セラレ債權者ノ不利益ナル狀態ハ原狀ニ回復セラルルモノナルカ故ニ此取消權ヲ以テ債務者ノ不法行爲ヲ原因トスル損害賠償請求權也ト云フハ當ラス(結果同明三九、七、九大判民錄一一〇輯六頁。鳩山氏二〇二頁。石坂氏前揭)。

學者或ハ詐害行爲ハ債權者ヲ害スル意思ニ出テタルカ故ニ公序良俗ニ反スル行爲也トセハ其效果ハ第九〇條ニ依リ當然無效タルヘシトナス(鳩山氏二〇二頁註)。然レトモ同條ハ唯原則ヲ定メタルニ止マリ、例外ヲ許ササルモノニ非ス。卽チ縱令公序良俗ニ反スル行爲ニテモ事後ニ於テ絕對ニ之ヲ無效トスルハ公序良俗ニ反スルコト一層甚シキモノアリ。乃チ斯ル行爲ハ縱令公序良俗ニ反スルモ例外トシテ有效ニシテ唯取消シ得ルモノトスルヲ相當トス。第七六五條乃至第七七一條ニ反スル婚姻及ヒ詐害行爲ノ如キハ其適例ニシテ斯ル婚姻ノ有效ナルコトハ第七七八條以下ニ於テ又詐害

公序良俗ニ反スルコト勿論ニシテ一種ノ不法行爲也ト云フヲ得ヘク(大項參照)、其行爲ノ取消ニ因リテ債務者ノ財産上ノ地位ハ回復セラレ債權者ノ不利益ナル狀態ハ原狀ニ回復セラルルモノナルカ故ニ此取消權ヲ以テ債務者ノ不法行爲ヲ原因トスル損害賠償請求權也ト云フハ學問上必スシモ理由ナキニ非ス。然レトモ債務者カ其資力ヲ減少シテ債權者ヲ害スルハ畢竟債務不履行ノ中ニ吸收セラルルモノト云フヘク、隨テ我民法ノ解釋上之ヲ不法行爲ト云フハ穩當ナラサルノミナラス、損害賠償ハ別段ノ意思表示ナキ限リ金錢ヲ以テ其額ヲ定ムルモノナルニ(民四一七。七二二、一)此取消權ハ金錢ノ支拂ヲ目的トスルモノニ非サルカ故ニ我民法上此取消權ヲ以テ債務者ノ不法行爲ヲ原因トスル損害賠償請求權也ト云フハ當ラス(結果同明三九、七、九大判民錄一一〇輯六頁。鳩山氏二〇二頁。石坂氏前揭)。

學者或ハ詐害行爲ハ債權者ヲ害スル意思ニ出テタルカ故ニ公序良俗ニ反スル行爲也トセハ其效果ハ第九〇條ニ依リ當然無效タルヘシトナス(鳩山氏二〇二頁註)。然レトモ同條ハ唯原則ヲ定メタルニ止マリ、例外ヲ許ササルモノニ非ス。卽チ縱令公序良俗ニ反スル行爲ニテモ事後ニ於テ絕對ニ之ヲ無效トスルハ公序良俗ニ反スルコト一層甚シキモノアリ。乃チ斯ル行爲ハ縱令公序良俗ニ反スルモ例外トシテ有效ニシテ唯取消シ得ルモノトスルヲ相當トス。第七六五條乃至第七七一條ニ反スル婚姻及ヒ詐害行爲ノ如キハ其適例ニシテ斯ル婚姻ノ有效ナルコトハ第七七八條以下ニ於テ又詐害行爲ノ有效ナルコトハ第四二四條ニ於テ明カニ之ヲ認メ唯取消シ得ヘキモノトナシタル也。左レハ民法カ行爲ノ效力ヲ認メタルノ故ヲ以テ常ニ其行爲カ公序良俗ニ反セストスルノ不可ナルコト明白ニシテ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル行爲卽チ詐害行爲カ公序良俗ニ反スルコト疑ナク、第三者タル受益者カ惡意ヲ以テ其法律行爲ノ一方ノ當事者トナルハ卽チ亦不法行爲也ト云フヘク更ニ他ノ第三者カ惡意ニテ斯ル受益者ヨリ轉得シ又ハ其轉得者ヨリ更ニ轉得スル行爲モ亦不法行爲也ト云ハサルヘカラス。隨テ其受益者又ハ轉得者ハ理論上其不法行爲ニ因ル損害ヲ賠償セサルヘカラス又債權者ハ其有スル取消權ヲ行使セシテ直ニ其損害賠償ヲ右ノ受益者又ハ轉得者ニ請求シ得ルモノトナス學說アルモ(正一三、五、七法曹會決議同會雜誌二卷六號一二二頁)民法ハ第四二四條ニ依リ債權者ニ取消權ヲ與ヘ全ク其不法行爲ナカリシ原狀ニ回復スル方法備ハルカ故ニ同條ハ此點ニ於テ第七〇九條ニ對スル特別法ノ關係ニ立チ債權者カ右取消權ヲ有スル限リ受益者又ハ轉得者ハ第七〇九條ニ依ル損害賠償ノ責ニ任セス而モ受益者又ハ轉得者ハ其善意ナルトキハ縱令過失アルモ同條ニ對スル第四二四條ノ關係上右賠償ノ責ニ任セサルモノト云ハサルヘカラス。

學者或ハ債權者取消權ハ破產管財人ノ有スル否認權(破七二以下)ト略同一ノ目的ヲ有シ其權利ノ性質モ亦同一也トナス(鳩山氏二〇三頁、嘉山氏二一八頁)。然レトモ否認權カ取消權ノ性質ヲ有セサルコトハ破產法第七九

條ノ規定ニ依リテ明也。而シテ何レモ裁判上ニ於テノミ行使シ得ルモノナルモ(民四二四、破七六)、債權者取消權ノ行使ニハ破產宣告アリタルコトヲ必要トセサルニ反シ否認權ノ行使ニハ之ヲ必要トス(倒摘稿新報三八卷六號參照)。此兩者ハ沿革上相伴ヒテ發達シタル制度ニシテ英法ニ於テハ之ヲ同一ノ法律ニ規定ス(石坂氏六八八頁、鳩山氏前揭參照)。

五一　要件　債權者取消權ノ成立ニハ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ財產權ヲ目的トスル法律行爲ヲ爲シ且受益者カ惡意ナルコトヲ要件トス。左ニ之ヲ分說スヘシ。

(1) 債務者カ法律行爲ヲ爲シタルコトヲ要ス。訴訟行爲ハ法律行爲ニ非サルカ故ニ此取消權ノ物體トナラス。又例ヘハ相手方ト通シテ爲シタル虛僞ノ意思表示ノ如ク法律上無效ナル行爲ハ更ニ之ヲ取消シ得ヘキモノニ非ス(同旨明四一、六、二〇大判民錄七五九頁。川名氏二六八頁。鳩山氏二〇四頁。橫田氏四二六頁等　反對明三七、七、八大判民錄一〇五七頁)。隨テ其無效ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗シ得サル場合例ヘハ債務者甲カ債權者ヲ害スルコトヲ知リナカラ相手方乙ト相通シテ財產權ノ虛僞ノ讓渡ヲ爲シ第三者丙カ債權者ヲ害スルコトニ付テハ惡意、虛僞ノ讓渡ニ付テハ善意ニテ乙ヨリ其權利ヲ讓受ケタルカ如キ場合ト雖モ債權者ハ債務者ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ス(反對正、一三、四、四朝鮮高等法院聯合部判決、評論一三卷民法四八六頁)。然レトモ此場合ニ於テハ乙ト丙トハ債權者ニ對シ共同ノ不法行爲ヲ爲シタルモノナルカ故ニ連帶シテ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラス(參照五七(4))。

反之、債務者カ事實上法律行爲ヲ爲ササルモ法律上之ヲ爲シタルモノト看做サルル場合(例、民一四)ハ卽チ法律上之ヲ爲シタルト同一ノ取扱ヲ受クルモノナルカ故ニ第四二四條ノ適用アリ(同旨鳩山氏二〇四頁。川名氏二六六頁以下。反對石坂氏七二六頁)。　法律行爲ノ種類ニ付テハ制限ナシ。故ニ單獨行爲ナルト契約ナルトヲ問ハス又債權的行爲ナルト物權的行爲ナルトヲ問ハス將タ準物權的行爲(例、債權ノ讓渡免除等)タルトヲ問ハサル也。債務者ノ代理人ノ爲シタル法律行爲ハ債務者自身ノ爲シタルト同一ノ效果アルモノナルカ故ニ第四二四條ニ所謂債務者ノ爲シタル法律行爲也。

(2) 右ノ法律行爲ニ因リ債權者ニ損害ヲ生シタルコトヲ要ス。民法第四二四條ニ債權者ヲ害スルコトヲ知リトアルハ客觀的ニ害スルコトヲ要ス。但其損害ト云フハ一般債權ニ對スル共同擔保ノ額ヲ其債權額ヨリ小ナラシメ若ハ旣ニ小ナルモノヲ比例上一層小ナラシメ以テ債權ノ完濟ヲ困難ナラシメ若ハ一層困難ナラシムルコトヲ也。

然レトモ甲ニ對シテ特定物ノ引渡ヲ爲スヘキ債務ヲ有スル乙カ之ヲ惡意ノ丙ニ讓渡シ先ツ丙ニ引渡シタルカ如キ場合ハ若シ甲カ旣ニ其所有權ヲ有セルトキハ其讓渡ハ無效也ト云フヘク又甲カ所有權外ノ物權ヲ有セルモノナルトキハ其讓渡ハ毫モ甲ノ權利ヲ害セサルカ故ニ債權者取消權ノ

不動産ノ賣却

成立セサルヤ言ヲ俟タス（結果同正七、一〇、二六大判民聯民錄二〇三六頁。石坂氏七二〇頁以下。鳩山氏二〇六頁等）。斯ル場合ニ取消權ノ成立スルヤ否ヤニ付キ學者間ニ議論ノ存スルハ全ク其間ノ法律關係（七八參照(6)）ヲ誤解セルカ爲メ也ト云フヘシ。

共同擔保ヲ減少シテ債權者ヲ害スル方法ニアリ。一ハ積極財產ノ減少也。他ノ一ハ消極財產ノ增加也。然レトモ現存財產ノ變形例ヘハ相當ノ對價ヲ得テ現存財產ヲ賣却スルカ如キハ共同擔保ヲ減少シテ債權者ヲ害スルモノト云フヲ得ス（同旨石坂氏七〇五頁。鳩山氏二〇九頁。嘉山氏二二一頁）。然ルニ不動產ヲ金錢ニ變スルハ擔保ノ效力ヲ薄弱ナラシムルカ故ニ詐害行爲トナルトナス判例學說アリ（正七、九、二六大判民錄一七三〇頁。磯谷氏五四七頁等）。然レトモ相當代金ニテ不動產ヲ賣却スルハ敢テ共同擔保ヲ薄弱ナラシメ以テ債權者ヲ害スルモノト云フヲ得ス。蓋其不動產ニ對シテ强制執行ヲ爲ストキハ執行費用ヲ控除シテ實際債權者ノ辨濟ヲ受ケ得ヘキ額ハ相當代金ヨリ少額ナルヘク、又債務者カ其代金ヲ受領セサル間ニ債權者カ其代金債權ヲ差押ヘタルカ如キ場合ニ於テハ如何ニ債務者カ其代金ヲ浪費スル意思ヲ以テ賣却シタル場合ト雖モ其ノ賣却ノ法律行爲ヲ以テ詐害行爲也ト云フヲ得サルヘシ。是レ其法律行爲カ債權者ヲ害スルヤ否ヤハ其法律行爲自體ニ因リテ害スルヤ否ヤヲ決スヘキモノニシテ債務者カ其法律行爲ニ因リテ得タル權利ニ付キ更ニ爲ス法律行爲又ハ事實行爲ニ因リテ害スルヤ否ヤヲ決スヘキモノニハ非サルカ爲メ也。然レトモ代金ヲ浪費シテ債權者ヲ害スヘキコトヲ知リナカラ其不動產ヲ買受ケ其代金ヲ債務者ニ支拂ヒテ浪費セシメ以テ債權者ヲ害シタル買主ノ如キハ債權者ニ對シ不法行爲ノ責ニ任スヘキモノトス（五七(4)參照）。

辨濟カ詐害行爲トナルヤ

辨濟カ詐害行爲トナルヤ否ヤニ付テハ議論岐レ、積極說（石坂氏七三三頁。中島氏七二五頁等）アルモ消極說ヲ正當トス（同旨正八、七、一一大判民錄一三〇五頁。嘉山氏二一二頁。鳩山氏二一〇頁等）。蓋債務完濟ノ資力ナキ債務者カ債權者中ノ一人ニ完濟スルカ如キハ他ノ債權者ヲ害スルモノト云フヲ得サルニ非サルモ强制的平等分配ハ破產宣告ヲ竢チテ始メテ生スヘキモノナレハ也。果シテ然ラハ質權抵當權ノ設定モ亦詐害行爲トナラサルモノト云フヘシ（反對正八、五、五大判民錄八三八頁。中島氏七一九頁。鳩山氏二一〇頁等）。尙之ヲ民事訴訟法トノ關係ヨリ見ルモ債務者ニ債務完濟ノ資力ナキ場合ト雖モ債權者中ノ一人カ强制執行ニ依リ自己ノ債權ノ完濟ヲ受クルコトハ同法ノ認ムル所ナルカ故ニ是レカ爲メ他ノ債權者ノ利益カ害セラルルモ法律ハ其辨濟ヲ受クル行爲ヲ以テ公序良俗ニ反セサルモノト認メタルモノト云フヘク、隨テ債務者カ任意ニ債權者中ノ一人ニ完濟シ又ハ其完濟ヲ確保スル爲メ質權抵當權ヲ設定スルモ之ヲ以テ公序良俗ニ反スルモノト云フヲ得ス、第四二四條ニ依リテ之ヲ取消シ得サルモノト云ハサルヘカラス。

質權抵當權ノ設定ハ如何

(3) 債務者ノ行爲ハ財產權ヲ目的トセルコトヲ要ス。間接ニ財產權得喪ノ效果ヲ生スルモ直接ニ之ヲ目的トセサル法律行爲ハ債權者取消權ノ目的トナラス。例ヘハ婚姻、養子緣組、離緣、離

遺産相續ノ承認拋棄

會社ノ設立

婚、私生子認知、家督相續ノ承認、拋棄ノ如キハ財産上不利益ナル結果ヲ生スルコトナキニ非サルモ此等ノ行爲ニ付キ債權者ノ干渉ヲ許スハ不當ナルカ故ニ取消權ノ目的トナル行爲ハ直接ニ財産權ヲ目的トスルモノニ限ル必要アリ。是レ民法カ之ヲ一ノ要件トセル所以也(民四二、三)。遺産相續ノ承認拋棄ハ唯財産權ノ得喪ヲ目的トスル行爲ナルカ故ニ一見債權者取消權ノ目的トナリ得ルカ如キモ其承認又ハ拋棄ハ包括承繼ノ承認又ハ拋棄ナルカ故ニ其取消ニ因リテ當然債權者ノ共同擔保ヲ增加スルモノニ非ス。卽チ其取消後ニ至リ遺産相續ノ目的中ニ意外ナル積極財産又ハ消極財産アルコト分明スルコトアルヘキカ故ニ遺産相續ノ承認又ハ拋棄ハ債權者取消權ノ目的トナラサルモノト云ハサルヘカラス(拋棄ニ付反對石坂氏七三一頁)。債務者カ債務ノ辨濟ヲ免ルル爲メ財産ヲ出資シテ合名會社、合資會社ヲ設立シタルトキハ其設立行爲カ詐害行爲トナリ取消スコトヲ得(同旨正七、一〇、二八大判民錄二一九五頁。鳩山氏二一二頁等)。然ルニ出資ノ約束及ヒ出資行爲ノミヲ取消スヲ得トナス說アリ(雄本氏法律新聞九八六號以下)。又出資行爲ハ設立行爲ノ一部ヲ爲シ設立行爲ハ相手方アル行爲ニ非サルカ故ニ出資行爲ノミヲ取消スヲ得トナス說アリ(竹田氏論叢二卷三號一一六頁以下)。惟フニ合名會社、合資會社ハ定款ノ作成ニ因リテ成立シ定款ニハ社員ノ出資ヲ記載セサルヘカラサルカ故ニ(商五〇、一〇六)所謂出資ノ約束ハ設立行爲中ニ包含セラレ設立行爲ト一體不可分ノ關係ニ在リ。而シテ詐害行爲ニハ必スシモ相手方アルヲ要セス唯惡意ノ受益者アルヲ以テ足リ會社ハ設立行爲ニ因リ成立スルト同時ニ惡意ノ受益者トナリ得ルモノナルカ故ニ設立行爲カ詐害行爲ニシテ之ヲ取消シ得ルモノト解スルヲ正當トス。

(4) 債務者ノ惡意　債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ法律行爲ヲ爲セルコトヲ要ス。害スルコトヲ知レルヲ以テ足リ、欲セルコトヲ要セス。又其惡意ハ特ニ取消權ヲ行使セントスル債權者ニ對シテ存シタルコトヲ要セス、他ノ債權者ヲ害スルコトヲ知レルヲ以テ足ル(同旨石坂氏七一〇、鳩山氏二一三頁)。

(5) 受益者ノ惡意　詐害行爲ノ當時其行爲カ債權者ヲ害スルコトヲ受益者ニ於テ知レルコトヲ要ス(例外アリ。信託法一二)。民法カ此要件ヲ定メタルハ取消權ヲ與ヘテ債權者ヲ保護スル爲メ善意ノ第三者ニ不測ノ損害ヲ及ホスコトナカラシメンカ爲メ也。受益者ト云フハ詐害行爲ニ因リテ利益ヲ受ケタル者ヲ謂ヒ、詐害行爲ノ相手方タルヲ普通トスレトモ必要トセス。共詐害行爲カ第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ノ場合ニハ第三者カ受益者ニシテ契約ノ相手方ハ第四二四條ニ所謂受益者ニ非スト解ス。受益者ノ惡意ヲ要スルモ受益者自ラ行爲セルコトヲ要セス。債務者カ單獨行爲ヲ以テ第三者ノ債務ヲ免除シタルカ如キ場合ハ第三者ハ自ラ行爲ヲ爲シタルニ非サルモ惡意ナルトキハ其免除ハ取消シ得ヘキモノトナル。而シテ債務者カ第三者ノ手形債務ヲ免除シ且其手形ヲ破毀

シタル場合ニ免除ヲ取消シタルトキハ民事訴訟法第七七七條以下ノ規定ニ從ヒ公示催告手續ニ依リ其手形上ノ權利ヲ回復スルコトヲ得ヘシ。

取消權成立ノ要件ハ以上ニ盡ク。債務名義、債務者ノ支拂停止等ハ必要ニ非ス。轉得者ノ善意惡意ハ一旦成立シタル取消權ノ運命ニ關係アルモ轉得者ハ取消權ノ成立後ニ生スルモノナルカ故ニ轉得者ノ惡意ナルコトハ取消權成立ノ要件ニ非ス。

五二　轉得者ノ惡意　轉得者ヲ生シタル場合ニ取消權ノ存續ニハ轉得者モ亦惡意ナルコトヲ要ス。卽チ轉得者カ其轉得ノ當時債務者ノ行爲カ債權者ヲ害セルコトヲ知レルコトヲ要ス。轉得者トハ受益者カ詐害行爲ニ因リテ得タル權利ヲ讓受ケタル者ヲ謂フ。故ニ受益者ヨリ其ノ權利ヲ讓受ケタル者カ轉得者ナルハ勿論ナルモ必スシモ受益者ヨリ更ニ權利ヲ取得シタル者ナルコトヲ要セス。例ヘハ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ自己ノ債權ヲ第三者（受益者）ニ讓渡シ受益者カ其債務ヲ免除シタルトキハ第三債務者ハ受益者ヨリ權利ヲ取得シタル者ニハ非サルモ仍ホ轉得者ナリ。受益者ノ包括承繼人ハ受益者ト同一ノ取扱ヲ受クル者ニシテ轉得者ニ非ス。

受益者ノ惡意ト轉得者ノ惡意トノ關係ニ付テハ三說アリ。第一說ハ兩者共ニ惡意ナルヲ要スト

シ（川名氏二〇七頁）、第二說ハ何レカ一方カ惡意ナラハ其惡意ナル者ニ對シテ取消權ヲ行使スルヲ得トナシ（梅氏八五頁以下）、第三說ハ取消權ヲ受益者ニ對シテ行使スルニハ受益者轉得者何レモ惡意ナルヲ要ストナス（石坂氏七四四頁以下。鳩山氏二一五頁。明四四、三、二四大判民錄一一七頁）。惟フテ行使スルニハ受益者轉得者何レモ惡意ナルヲ要スト雖モ、第二說第三說ハ之ニ反ス。凡ソ法律行爲ハ相對的ニ取消シ得ヘキモノニ非サルカ故ニ法律ニ特ニ例外ヲ認ムル場合（例、民九六、三）ノ外取消ノ效果ハ總テノ關係人ニ及ヒ第二說第三說ニ依ルトキハ善意ノ第三者ニ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至リ第四二四條ノ精神ニ反シ且實際ニ適セサル也。反對論者ハ第一說ノ如ク解スルトキハ惡意ナル受益者ハ概ネ皆其目的物ヲ善意ノ第三者ニ轉賣シテ責任ヲ免レ取消權ヲ認メタル趣旨ハ達シ難カルヘシ故ニ斯ル場合ニモ受益者ニ對シテ取消權ヲ行使セシメ受益者ヲシテ目的物ニ代ルヘキ利益ヲ返還セシムルヲ妥當トストナス（鳩山氏二一六頁。石坂氏七四八頁）。然レトモ第一說ニ依レハ此場合ニ受益者ハ善意ノ第三者ニ轉賣スルニ因リテ故意ニ債權者ノ取消權ヲ消滅セシメ侵害シタルモノナレハ債權者ハ是ニ因ル損害ノ賠償ヲ受益者ニ對シテ請求シ以テ目的物ニ代ルヘキ利益ヲ返還セシムルト同樣ノ結果ヲ收メ得ヘキカ故ニ論者ノ憂フルカ如キ結果ヲ生スルコトナク又理論上善意ナル轉得者ノ權利取得ノ原因ヲ顚覆スルカ如キ不都合ノ結果ヲ生セサル也（前右損害賠償ノ詳細ハ五七(4)ニ其說明アリ）。

立證責任ノ法則

五三　善意惡意ノ立證責任　債務者、受益者、轉得者ノ惡意ニ付キ爭アルトキハ債務者惡意ノ立證責任カ債權者ニ在ルコトハ議論ノ存セサル所ナルモ、債權者ニ於テ受益者及ヒ轉得者ノ惡意ヲ立證スル責任アルカ將タ又受益者及ヒ轉得者ニ於テ其善意ヲ立證スル責任アルカニ付テハ議論岐レ判例及ヒ多數說ハ第四二四條カ受益者又ハ轉得者ノ善意ナリシ場合ヲ但書ノ形式ヲ以テ規定シタルコトヲ理由トシ受益者及ヒ轉得者ニ其善意ナリシコトノ立證責任アリトナス（正、一三、三、二四大判、評論一三卷民法四二〇頁。正七、九、二六大判民錄一七三〇頁。石坂氏七一三頁）。然レトモ立法者カ立證責任ヲ定ムル爲メ但書ノ形式ヲ用キタリト解スヘキ根據ナク、但書ハ立法者カ例外ト思惟シタル事項ニ付キテ用キルコトアルモ又行文ノ都合上用キルコトアリ。而シテ立法者カ例外ト思惟シタル事項必スシモ常ニ事實上例外ニアラスシテ却テ原則ナルコトモアルヘク、立證責任ヲ定ムル規定ノ方法トシテハ「何々ト推定ス」（例、民一三六。四二〇、二二九。商二六五、二）、「證明スルコト能ハス」、「證明シタルトキ」又ハ「證明スルニ非サレハ」（例、民一一七。四五三。商三三七。三五四）ト云フカ如キ文字ヲ用キル事例モ存スルカ故ニ、但書規定ノ事項ニ付キ其但書ノ形成ヲ用キアルノ故ヲ以テ法律カ其但書規定ノ事項ヲ主張スル者ニ其立證責任アルコトヲ規定シタルモノト解スルハ正當ナラス。故ニ受益者及ヒ轉得者ノ善意惡意モ亦立證責任ノ一般法則ニ依リテ決スヘキモノト云ハサルヘカラス。而シテ其一般法則ハ推定ナキ積極的事實若ハ反對ノ推定アル消極的事實ヲ主張スル者ニハ是レカ立證ノ責任アルモ其他ノ事實ヲ主張ヘキ關係ニ在リテ甲乙何レモ積極的事實ナル場合ニハ自己ノ主張スル事實ノ認定ニ依リテ積極的ノ利益ヲ受クル者ニ是レカ立證ノ責任アリト云フニ盡ク（揭著舉證責任論其他五題ノ內舉證責任參照）。而シテ惡意ハ知レリト云フコトニシテ卽チ積極的事實ナルモ善意ハ知ラスト云フコトニシテ卽チ消極的事實也。然ルニ吾人實際ノ社會生活上一般ニ受益者及ヒ轉得者ハ惡意也ト云フ推定アルニ非ス法律モ亦之ヲ推定シ居ルニ非スシテ惡意也ト主張スル受益者及ヒ轉得者ハ卽チ推定ナキ積極的事實ヲ主張スルモノナルカ故ニ是レカ立證ノ責任アリ。善意也ト主張スル受益者及ヒ轉得者ハ消極的事實ヲ主張スルモノニシテ其事實ニハ反對ノ推定ナキカ故ニ是レカ立證ノ責任ナシ（結果同橫田氏四三四頁。磯谷氏五九一頁）。

五四　取消權ノ主體　取消權ノ主體ハ債權者也。如何ナル債權者ナリヤト云フニ債務者ノ一般ノ財產ヨリ辨濟ヲ受クヘキ債權ヲ詐害行爲當時有セル總テノ債權者也。故ニ其債權ハ旣ニ履行期ニ在ルヲ要セス又契約上ノ債權ナルト其他ノ原因ニ因ル債權ナルトヲ問ハサルモ、不作爲ノ債權　特定給付ノ債權ヲ包含セス。而シテ其債權成立ノ時期ニ付テハ詐害行爲前ニ成立セルコトヲ要ストナスヲ多數說トスレトモ（橫田氏四二五頁。鳩山氏二一九頁。嘉山氏二一三頁。磯谷氏五七四頁）、其債權カ正八、五、一〇大判民錄七八八頁。正六、一、一二大判民錄八頁等）、

詐害行爲以前ニ成立シ又ハ將來其債權ノ成立スルコトアルヘキ特別ノ法律關係（例、停止條件附契約）カ詐害行爲以前ニ成立セルコトヲ要ストナスヲ正當トス。然ルニ詐害行爲當時他ニ詐害セラレタル債權者アルトキハ行爲後ニ成立シタル債權ノ取得者モ右ノ詐害行爲ヲ取消スヲ得トナス學說アリ（石坂氏七一八頁。加藤氏破產、法研究四卷三二〇頁）、又例ヘハ人カ財產ヲ處分シ殆無資力トナルモ之ヲ隱蔽シテ借財ヲ爲ス場合ニ於テ右財產處分當時ヨリ其事實ヲ隱蔽シテ將來債務ヲ起スノ意思アルニ於テハ將來ノ債權ニ對シ過去ニ於テ詐害行爲アリト云フヲ得トナス學說アルモ（山島氏六八七頁）、詐害行爲以前ニ成立セサル債權又ハ其當時未タ右ニ謂フ特別ノ法律關係成立セサル將來ノ債權ハ其詐害行爲ニ因リテ害セラレタルモノト云フヲ得サルカ故ニ右兩說ハ正當ナラス。又其債權ハ特別擔保（質權、抵當權）ニ依リテ十分ニ確保セラレタル債權ニ非サルコトヲ要ス。蓋特別擔保ニ依リテ十分ニ確保セラレタル債權ハ債務者カ他ノ財產ヲ減少シ若ハ消極財產ヲ增加スルモ其辨濟ヲ受クルニ付キ困難ヲ生スルコトナケレハ也（同旨鳩山氏二二〇頁。反對石坂氏七一五頁。加藤氏前揭三二三頁）。

五五　取消權行使ノ方法　第四二四條ハ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ト規定ス。故ニ取消權ハ裁判外ノ意思表示ニ依リテ之ヲ行フコトヲ得ス。惟フニ取消權成立ノ各要件具備スルヤ否ヤハ容易ニ判明セサル場合多カルヘク、又其取消ノ效果ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ生セシムルモノナルカ故ニ（民四二五）取消ノ事實ハ之ヲ總債權者ニ容易ニ明確ナラシムル必要アリ。是レ卽チ民法カ取消ハ裁判所ニ請求スルコトヲ要スト定セル所以也。而シテ其取消ニ付テハ債權者ト直接ニ利害相反スル者アリ且取消ノ手續ニ付キ特別ノ規定ナキカ故ニ其取消ノ請求ハ訴ノ方法ニ依ルヘキモノト解セサルヘカラス。左ニ其訴ノ性質及ヒ當事者ヲ說明スヘシ。

(1)　取消ノ訴ノ性質　此訴ハ創設ノ訴（Konstitutive Klage）又ハ形成ノ訴（Gestaltungs-klage）ト稱スルモノニ屬ス。確認ノ訴又ハ給付ノ訴ニ非スシテ判決ニ因リ取消ノ效果ヲ創設又ハ形成スルコトヲ求ムル訴也（同旨石坂氏七三七頁）。尤モ此點ニ付テハ異說アリ。取消權ノ性質ニ付キ請求權說ヲ採ル學者ハ給付ノ訴（Leistungs-klage）也トシ、折衷說ヲ採ル學者ハ訴カ取消ノミヲ目的トセルトキハ形成ノ訴ニシテ財產ノ返還ヲモ目的トセルトキハ形成ノ訴ト給付ノ訴ノ性質ヲ兼ネ有スル訴也トナス（鳩山氏二三一頁。前五〇前段參照）。

(2)　原告　取消ノ訴ノ原告ハ債權者也。債權者ハ自己ノ名ニ於テ取消權ヲ行使スルモノニシテ債務者ノ代理人ニ非ス。又同時ニ他ノ債權者ヲ代理スルモノニ非ス。

(3)　被告　債權者ハ何人ヲ被告トシテ此訴ヲ提起スヘキ乎。此點ニ付テハ學說岐レ四說アリ。第一說ハ債務者受益者及ヒ轉得者ヲ共同被告トスヘシトナス（明四四、三、二四聯合部判決前ノ大審院判例）。第二說ハ債務者ノ法律行爲ノ當事者ヲ被告トスヘキモノニシテ轉得者ハ被告トスヘキモノニ非ス。故ニ單獨行爲

ニ付テハ債務者一人ヲ、契約ニ付テハ債務者ト相手方タル受益者ヲ被告トスヘシトナス（石坂氏七三八頁）。第三說ハ受益者又ハ轉得者ヲ被告トスヘシトナス。其理由區々タリ。雉本氏（志林一八卷一號）ハ此取消權カ請求權ナルコトヲ理由トシ、前記聯合部判決以來ノ大審院判例ハ取消ノ效果ハ相對的ニシテ被告トナレル受益者又ハ轉得者ニ對スル關係ニ於テノミ生スルモノナルカ故ニ債務者ヲ被告トスル必要ナク、債務者ハ被告トナル適格ナキモノナルコトヲ理由トシ、仁井田氏（法協三一卷一二號二〇四三頁二〇五八頁）ハ形成權說ナルモ凡ソ訴ハ反對ノ利益ヲ有スル者ノ間ニ於テノミ存在スヘキモノナルコトヲ理由トス。第四說ハ受益者一人ヲ被告トスヘシトナシ、此取消ハ法律行爲ノ取消ニシテ相手方ニ付キ別段ノ規定ナキカ故ニ第一二三條ノ規定ニ從ヒ相手方ニ對シテ爲スヘキモノトナス（川名氏二七九頁）。

惟フニ詐害行爲ノ取消ハ其法律行爲ノ當事者ニ非サル利害關係人タル債權者ヨリ求ムルモノナルカ故ニ債權者外ノ者ニテ其取消ニ付キ直接ノ利害關係ヲ有スル者ハ總テ之ヲ被告トスヘキモノニシテ、債務者モ亦自己ノ爲シタル行爲ノ效力ヲ維持スルヲ以テ其利益トスルヲ原則トスルカ故ニ債務者、受益者及ヒ轉得者ハ之ヲ共同被告トスヘキモノト云フヘク、第一說ヲ正當トス。第二說ハ法律行爲ノ當事者ニ非サルモノハ被告トナスヘカラスト云フモ、現ニ其當事者ニ非サル債權者カ原告ナル以上受益者又ハ轉得者カ其當事者ナラサルノ故ヲ以テ被告トスヘカラスト云フハ理由ナシ。而シテ受益者又ハ轉得者ハ寧ロ債權者以上ノ利害關係ヲ有スルモノナルカ故ニ之ヲ訴訟ノ當事者トセスシテ而モ其權利ヲ奪フヘキ效力アル判決ヲ爲スハ不都合ノ最モ甚シキモノ也。加之、若シ判決ハ別段ノ規定ナキ限リ訴訟ノ當事者外ノ者ニ效力ヲ及ホサストセハ受益者カ法律行爲ノ當事者ナラサルカ故ニ受益者ヲ被告トセサリシ場合ニハ轉得者ノ取得シタル權利ヲ債務者ニ回復スルヲ得ス、受益者カ詐害行爲ニ因リテ讓受ケタル債權ニ付キ債務ヲ免除シタルカ如キ場合ニモ取消ハ何等ノ實益ナキニ終ルヘシ。故ニ第二說ハ不當也。第三說中最初ノ說ハ請求權說ノ採リ難キコト前述（五〇前段）ノ如クナルヲ以テ正當ナラス。第三說中判例ノ見解ハ相對的ノ取消ヲ認ムルモノナルモ凡ソ法律行爲ヲ相對的ニ取消スコトハ事物ノ性質上不能也。又詐害行爲ニ因リテ不動產ヲ讓渡シ其登記ヲ爲シタル場合ニ讓渡ヲ相對的ニ取消シ得ルモ登記法ハ相對的ノ登記ヲ認メサルカ故ニ相對的ノ抹消ハ不能ナルノミナラス、判例ノ如ク取消ノ訴ニ依リテ取消ト同時ニ給付ノ判決ヲ求メ得ヘキモノトシ同時ニ抹消登記ノ手續ヲ命スル判決アリタリトスルモ、凡ソ抹消セラルヘキ登記カ一箇ニシテ其登記義務者アリタル場合ニ於ケル抹消登記ノ登記權利者ハ其抹消セラルヘキ登記ノ登記義務者ナルヲ以テ右判決ノ場合ニ於ケル抹消登

記ノ登記權利者ハ卽チ債務者ナラサルヘカラサルモ其取消カ相對的ニシテ債務者ニ對シテ效力ナシトセハ債務者ニ取リテハ其登記ヲ抹消スヘキ原因ナキカ故ニ債務者ハ其抹消請求權ヲ有セス、隨テ債權者カ債務者ニ代位スルモ其抹消登記ヲ求ムルヲ得ス、其抹消登記ノ手續ヲ命スル判決ハ全ク無意味トナルノ結果ヲ生スヘシ。又其取消カ債務者ニ對シテ效力ナキモノトセハ其不動產ハ債務者ノ財產ニ復歸スルコトナキカ故ニ債權者ハ債務者ニ對シ之ヲ債務者ノ財產トシテ强制執行ヲ爲スヲ得ス、全ク法律カ取消權ヲ認メタル趣旨ニ反スヘシ。假ニ之ヲ債務者ノ財產トシテ强制執行ヲ爲シ得ルモノトスルモ轉得者ヲ被告トシ受益者ヲ被告トセサル場合ニ取消ノ效力カ受益者及ハサルモノトセハ受益者ハ該不動產ヲ轉得者ノ所有也トシ轉得者ニ對スル金錢債權ニ基キテ該不動產ニ對スル强制執行ヲ爲シ得ヘク、此强制執行カ債權者ノ右强制執行ト競合スルトキハ如何トモスヘカラサル結果トナル。加之、例ヘハ千圓ノ不動產ヲ代金五百圓ノ現金拂ニテ賣渡シタル詐害行爲カ取消サレタルトキハ受益者ハ不動產ヲ返還シ債務者ヨリハ五百圓ノ不當利得ノ返還ヲ受ケ得サルヘカラサルモ取消カ債務者ニ對シテ效力ナシトセハ債務者ハ毫モ不當利得ヲ爲シタルコトトナラサルカ故ニ受益者ハ不當ニ其利益ヲ害セラルルコトトナリ判例ノ見解ノ不當ナルコト明白也。次ニ第三說中最後ノ說ノ非ナルコトハ債務者モ自己ノ行爲ノ效力ヲ維持スルヲ以テ其利益トナシ債權者ト反對ノ利益ヲ有スルヲ原則トスヘキニ徵シテ疑ナカルヘシ。終リニ第四說ニ對シテハ第二說ニ對スル非難ノ前半ヲ應用シ得ルノミナラス、第一二三條ハ行爲ノ當事者カ取消ス場合ノ規定ナルカ故ニ當事者外ノ者カ取消ス場合ニ準據シ得サルハ言フヲ竢タサル所ニシテ第四說ノ不當ナルコト亦明白也。

五六　取消權行使ノ效果　詐害行爲ノ取消ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生ス（民四二五）。詐害行爲取消ノ效果ニ付テ民法ノ規定スル所ハ唯是ノミ。而シテ民法ニ所謂取消ハ場合ニ依リテ其意義必スシモ同一ナラスト雖モ第四二四條第二項第一六條第七一條第五二四條第七八七條等ニ謂フ取消ノ如ク將來ニ向テノミ效力ヲ生スルモノト解スヘキ根據ナキカ故ニ第一二一條ニ從ヒ詐害行爲カ初ヨリ無效ナリシモノト看做サルル效果ヲ生スルモノト解セサルヘカラス。而シテ其效果ハ事物ノ性質上絕對的ニシテ何人トノ關係ニ於テモ生スヘキモノトス（結果同旨山氏二二四頁。石坂氏七四一頁。沼氏一八四頁等。但取消ノ效果ハ相對的ナリトノ說アリ。**五五**(3)第三說參照）。故ニ例ヘハ權利ノ讓渡カ取消サレタル場合ニハ其權利ハ當然債務者ニ復歸シテ初ヨリ讓渡ナカリシコトトナリ、債務ノ免除カ取消サレタル場合ニハ初ヨリ免除ナカリシコトトナル。而シテ取消ノ結果受益者又ハ轉得者カ不當利得ノ返還ヲ爲スヘキ場合ニハ惡意ノ不當利得者トシテ利息ヲ附シテ返還シ尙損害アルトキハ

之ヲ賠償スヘキモノトス(民七〇四)。取消ヲ爲シタル債權者ハ優先權ヲ有セス。第四二五條ハ主トシテ此事ヲ明ニスル爲メノ規定也。故ニ債權者カ自己ノ債權ノ滿足ヲ得ント欲セハ更ニ債務者ヲ相手方トスル强制執行等ノ方法ニ依ラサルヘカラス。

五七　取消權ノ消滅　取消權消滅ノ原因左ノ如シ。

(1) 債權ノ消滅　取消權ハ債權ノ效力ナルカ故ニ債權ノ消滅ニ因リテ消滅スヘキハ當然也。

(2) 拋棄　取消權ハ又拋棄ニ因リテ消滅ス。然レトモ他ノ債權者ノ取消權ニ影響セス。

(3) 時效　民法ハ債權者取消權ニ付キ特殊ノ時效ヲ認メ、取消權ハ債權者カ取消ノ原因ヲ覺知シタル時卽チ詐害行爲アリテ受益者惡意ナルコトヲ知リタル時ヨリ二年間若ハ行爲ノ時ヨリ二十年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅スヘキコトヲ規定セリ(民四二六。同民一二六比較參照)。

(4) 轉得者ノ善意　取消權ハ一旦成立スルモ善意ノ轉得者アルニ至ルトキハ總債權者ノ取消權ハ是ニ因リテ皆消滅ス。但此點ニ付テハ反對說アリ(五二第二項參照)。而シテ此場合ノ消滅ハ受益者又ハ惡意ノ轉得者カ更ニ善意ノ轉得者ニ轉得セシメ、故意又ハ過失ニ因リテ債權者ノ取消權ヲ侵害シタルモノナルカ故ニ是ニ因ル損害賠償ノ義務ヲ生スヘク、其損害ハ畢竟債權者カ詐害行爲ヲ取消シテ債務者ノ財產ヲ回復シ其財產ヨリ自己ノ債權ノ滿足ヲ受ケ得ヘカリシ利益ヲ喪失セシメタルニ因ル損害ナレハ右損害ノ賠償タルヤ其利益ヲ喪失セスシテ之ヲ收メ得タルト同一ノ狀態ニ置クコトヲ目的トシ而モ其賠償ハ金錢ヲ以テ其額ヲ定ムヘキモノナルカ故ニ故意過失ニ因リテ取消權ヲ侵害シタル右ノ受益者又ハ惡意ノ轉得者ハ取消アラハ債務者カ返還ヲ受クヘカリシ額ヲ總債權者ニ對シ金錢ヲ以テ賠償スヘキ義務アリ、換言セハ賠償トシテ本來ノ債權ヲ金錢ヲ以テ辨濟スル義務アルモノト云フヘク、各債權者ハ自己本來ノ債權額ヲ限度トシテ其賠償ヲ受クルコトヲ得ヘク、一ノ債權者カ其賠償義務者ニ對シテ差押ヲ爲シタルトキハ他ノ債權者ハ夫々賠償債權ニ基キテ配當要求ヲ爲シ(民訴五八九以下)公平ノ配當ヲ受クルコトヲ得ヘシ。而シテ債權者ヨリ詐害行爲ヲ爲シタル債務者ニ對スル本來ノ債權ハ右賠償ヲ受ケタル限度ニ於テ消滅シ賠償者ハ更ニ債務者ニ對シテ求償シ得ヘキモ債權者ノ殘存債權ハ此求償權ニ對シテ優先ス。蓋若シ優先セサルトキハ詐害ノ結果ハ猶消滅セサルコトトナリ民法カ取消權ヲ認メタル趣旨ニ反スレハ也。

(5) 債務者資力ノ回復　債務者カ詐害行爲ヲ爲シ債權者ノ取消權一旦成立スルモ其後債務者ノ資力回復シテ債務ヲ完濟シ得ルニ至リタルトキハ取消權ハ目的ノ滿足ニ因リテ消滅ス(同旨鳩山氏二〇八頁。中島氏六九五頁。正八、一〇、二八大判、評論八卷民法一一二頁。昭二、五、二八大判評論一六卷民法八〇二頁。正一五、一一、一三大判民錄七九八頁等)。

第六章　債權ノ箇數ト同一性

五八　債權ノ箇數ノ問題ハ債權ノ同一性ノ問題ニ同シ。唯前者ハ主トシテ時ヲ同ウスル場合ニ著眼シ後者ハ主トシテ時ヲ異ニスル場合ニ著眼シテ云フニ過キス。而シテ債權ノ同一性ノ問題ニ付テハ多ク議論ノ存スル所ナルモ、多數說ハ債權關係ノ當事者（債權者債務者）、給付ノ內容（目的）竝ニ發生原因ノ三者ヲ以テ債權ノ同一性ヲ決スル標準トナシ此等ノモノノ一ヲ異ニスル債權ハ之ヲ別箇ノモノトスルモノノ如シ。然レトモ債權ハ其讓渡又ハ債務ノ引受ニ因リテ當事者ヲ異ニスルニ至ルモ其同一性ヲ失ハサルコト言ヲ竢タサル所ナルカ故ニ債權關係ノ當事者ヲ以テ債權ノ同一性ヲ決スヘキ一ノ標準トナスハ明ニ不當也。惟フニ債權ノ同一性又ハ箇數ハ其目的ノ卽チ內容ヲ唯一ノ標準トシテ之ヲ決スヘク、其目的カ不特定給付ナル場合ニハ其目的ノ箇數又ハ同一性ハ原因ニ依リテ決スヘキモノトスルヲ正當トス。蓋目的ハ債務ノ要素ナルカ故ニ縱令數箇ノ債權アルカ如ク見ユル場合ト雖モ其目的ニ依リ連結セラレテ不可分ノ一體ヲ成シ理論上一箇ノ債權也ト云ハサルヘカラサルノミナラス、凡ソモノノ箇數ハ絕對的ノモノニ非スシテ觀察ノ立場ニ依リテ異ナリ、甲ノ立場ヨリ觀察スレハ一箇ナルモ乙ノ立場ヨリ觀察スレハ數箇ナルコトアリ。例ヘハ一冊ノ書籍ニテモ之ヲ構成スル紙ハ多數ノモノナルモ書籍ト云フ立場ヨリ觀察セハ其書籍ハ一箇也。而シテ吾人ノ取引上モノノ箇數ハ之ヲ處分シ取引スルコトノ立場ヨリ觀察スヘキモノニシテ債權ノ箇數モ亦此立場ヨリ觀察スヘキモノナルカ故ニ、債權カ一箇也ヤ數箇也ヤハ之ヲ別々ニ處分シ別々ニ取引シ得ルヤ否ヤニ依リテ決セサルヘカラス。而シテ債權ヲ別々ニ處分シ別々ニ取引スルコトヲ得ルヤ否ヤハ債權ノ目的ニ依リテ定マル。故ニ例ヘハ甲乙兩名ノ連帶債務ノ場合ニハ債務者兩名アルモ目的一ナルカ故ニ債權ハ一箇也。隨テ債權者ハ甲ニ對スル債權ヲ丙ニ讓渡シ、乙ニ對スル債權ハ自ラ保有シ又ハ丁ニ讓渡スルカ如キコトヲ爲シ得ルモノニアラス（反對石坂氏八六〇頁以下。正八、一二、一五大判民錄二三〇四頁）。然ルニ若シ反對論者ノ云フカ如ク此場合ハ債務者二名ナルカ故ニ二箇ノ債權アリトナストキハ、債權者ハ甲ニ對スル債權ハ之ヲ丙ニ讓渡シナカラ乙ニ對スル債權ハ自ラ之ヲ保有シテ乙ヨリ其完濟ヲ受ケ丙ノ債權ヲ消滅セシメ以テ之ヲ侵害スルモ債權者ハ自己ノ權利ヲ行使シタルニ過キサルカ故ニ何等ノ責任ナキコトトナルヘク、其結果ノ不當ナルコト言ヲ竢タス。甲カ乙ノ金百圓ヲ不法ニ消費シテ百圓ノ不當利得ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ、一見乙ハ不法行爲ニ因ル債權ト不當利得ニ因ル債權ト二箇ノ債權ヲ有スルカ如クニシテ、一般ノ學說判例（川名氏七〇五頁、橫田氏債權各論八一〇頁以下。末弘氏債權各論一一六頁。明四五、三、二三大判民錄三一五頁。正四、三、八東控判、評論四卷民

（法一六三頁等）亦之ヲ認メ、唯其債權ノ目的同一ナルカ故ニ一方ノ債權ノ辨濟アルトキハ目的ノ滿足ニ因リテ他方ノ債權亦消滅スト說明スレトモ正當ナラス。此場合モ目的同一ナルカ故ニ債權ハ一箇ニシテ一面ヨリ觀レハ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ債權タリ、他ノ一面ヨリ觀レハ不當利得返還ノ債權タルニ過キサル也。故ニ例ヘハ其損害賠償債權ノ讓渡又ハ轉付アリタルトキハ乙ハ最早不當利得ヲ理由トシテモ甲ニ對シテ其百圓ノ請求ヲ爲スヲ得ス、又其讓渡又ハ轉付ナキ場合ト雖モ其債權ハ一面ニ於テ不法行爲ニ因ル債權ニシテ第五〇九條ハ不法行爲ニ因ル債權ニ付キ債務者ニ相殺ヲ禁シタルカ故ニ甲ハ其不當利得ニ因ル債務ヲ以テ相殺シ得サル也。若シ相殺シ得ルモノトセハ是ニ因リテ乙ノ債權ハ消滅シ同條ノ精神ハ全ク沒却セラルヘシ。左レハ債權ノ箇數ハ其目的ニ依リテ決セラルルモノト云フヘク、隨テ又債權ノ變更ニ因リ同一性ヲ失ヒタリヤ否ヤモ其目的ノ同一性ヲ失ヒタリヤ否ヤニ因リテ決スヘク、例ヘハ米ノ給付ヲ爲ヘキ債務カ金錢ノ給付ヲ爲スヘキ債務ニ變更シタルカ如キ場合ハ債權ノ目的カ同一性ヲ失ヒ別箇ノ債權トナリタルモノト云ハサルヘカラス（尙二七(4)及ヒ拙著擧證責任論其他五題ノ內請求權ノ競合否認論參照）。

第七章　多數當事者ノ債權

第一節　總說

五九　(1)　一箇ノ債權關係ノ主體卽チ債權者及ヒ債務者ハ何レモ一人ナルコトアリ、又其一方又ハ雙方カ二人以上ナルコトアリ。前ノ場合ニハ其債權ヲ單數主體ノ債權ト云ヒ後ノ場合ニハ之ヲ多數當事者ノ債權又ハ多數主體ノ債權ト云フ。

(2)　債權ハ初ヨリ多數主體ノ債權トシテ成立スルコトアリ。一旦ハ單數主體ノ債權トシテ成立シ後ニ至リ多數主體ノ債權ニ變スルコトアリ又法律ノ規定ニ因ルコトアリ。法律行爲ニ因ル場合ニ於テモ各當事者ノ法律行爲ハ夫々別箇ナルコトアリ又其各主體ニ對スル關係ハ互ニ異ナルコトアリ。例ヘハ一主體ニ付テハ無條件、無期限ナルモ他ノ主體ニ付テハ條件附、期限附ナルコトアルカ如シ。

(3)　多數主體ノ債權ニハ理論上成法上種々ノ區別アルモ民法ノ明ニ認ムルモノハ左ノ四種也。

（イ）分割債權關係（民四二七）
（ロ）不可分債權關係（民四二八乃至四三一）

(ハ)(ニ)　連帶債務（民四三二乃至四四五）　保證債務（民四四四六乃至四六五）

然レトモイノ場合ハ直ニ單數主體ノ債權關係トナルモノニシテ多數主體ノ債權關係トシテ存續スルモノニ非サルカ故ニ眞正ノ意義ニ於ケル多數主體ノ債權關係ナルモ其他ニモ尙當事者ノ意思表示又ハ法律ノ規定ニ依リテ多數主體ノ債權關係ヲ成立セシムルコトヲ得。連帶債權關係、總有債權關係（共同債權關係 Schuldverhältnis zur gesamten Hand；gemeinschaftliche Schuldverhältnis；數人ノ債權者カ共同シテノミ履行ヲ請求シ得ルモノ又ハ數人ノ債務者カ共同シテノミ履行スルヲ要スルモノ）ノ如キ是也。

(ロハニノ場合ハ何レモ)

(4)　同一ノ原因ニ因リテ多數當事者ノ間ニ債權關係ヲ發生スル場合ニ之ヲ多數主體ノ債權關係トナスヘキカハ重要ナル問題ニシテ第四二七條ハ分割シテ單數主體ノ債權關係トナスコトヲ原則トシタリ（特則ニ付テハ民四四一、二。六六八。七一九。商二七三等參照）。是レローマ法以來諸國立法例ノ採用スル所ニシテ當ヲ得タルモノト信ス（獨民四二〇。四二七。瑞債一四三。瑞民八八八等參照）。

第二節　分割債權關係（geteilte Schuldverhältnis）

六〇　(1)　分割債權關係（geteilte Schuldverhältnis）トハ同一ノ原因ニ因リテ發生シタル可分ノ給付ヲ目的トスル債權債務カ其債權者又ハ債務者複數ナルノ故ヲ以テ其複數主體ノ間ニ分割セラレテ存在スル數個ノ單數主體ノ債權關係ヲ謂フ。學者又或ハ之ヲ連合債權（obligations conjointes）ト稱ス。例ヘハ數人共同ニテ或物ヲ買受ケタル代金支拂ノ債權債務ノ如キ是也（但其買受行爲カ商行爲ニ非サルコトヲ要ス。商二七三）。此場合ニ其債權債務ハ各買主ニ付キ分割セラレテ數箇ノ債權債務トナリ、各債權ハ夫々單數主體ノ債權トシテ存在ス。故ニ分割債權關係ノ場合ニ於ケル債權ハ多數當事者ノ債權トシテ存在スル時間ナク、數個ノ單數主體ノ債權トシテ夫々獨立ニ存在スルモノトス。而シテ分割ハ平等ナルヲ原則トス。

(2)　分割債權關係成立ノ要件左ノ如シ。

イ、債權發生ノ原因同一ナルコト（同旨石坂氏七六六頁。Enneccerus, Lehrb. I. 2, §§ 211. I. a.）

ロ、可分ノ給付ヲ目的トスルコト

ハ、債權者又ハ債務者ノ複數ナルコト

(3)　分割債權關係ノ場合ニハ分割セラレタル債權債務カ夫々獨立ニ存在スルカ故ニ分割債權關係ノ效力トシテ特ニ說明スヘキモノナシ。一ノ雙務契約ニ因リ甲乙兩人カ夫々獨立ノ代金債務ヲ負擔シ甲ハ履行シタルモ乙ハ履行セサルトキハ甲乙兩者ニ對スル反對給付カ履行未了ニテ不可分ナル場合ニ限リ相手方ハ甲ニ對シテモ同時履行ノ抗辯ヲ爲シ又第五四一條ニ依リ契約全部ヲ解除

シ得ルコトアルヘキモ是レ其乙ニ對スル獨立ノ代金債權ノ效力ト觀ルヲ相當トス。學者多ク右ノ如キ制限ヲ附セスシテ右ノ抗辯ヲ爲シ得ヘク又解除ハ總債權者ヨリ總債務者ニ對シテ爲スヘキモノト解スルモ（石坂氏 Enneccerus 各前揭。鳩山氏二三一頁等）、採リ難シ（尙拙著各論二四二參照）。

(4) 對內關係　第四二七條ニ依リ分割ヲ受ケタル各債權者間又ハ債務者間ノ內部關係ニ付テハ民法ニ規定ナキヲ以テ其內部關係ハ當事者ノ合意又ハ一般ノ法理ニ依リテ定マル。故ニ例ヘハ甲一、乙二ノ持分ヲ以テ機械ヲ共有スヘキコトヲ契約シ甲乙共同ニテ丙ヨリ之ヲ三百圓ニテ買受ケタルトキハ代金債務ハ丙ニ對シテ甲乙平等ニ負擔スヘク、甲乙相互ノ內部關係ニ於テ其支拂ノ爲メニ支出スヘキ費用ハ通常右持分ノ割合ニ依リテ負擔スル合意アルモノト認メ得ヘキモ、其合意ナキ場合ニ於テ甲カ自己ノ債務ヲ支拂ヒタルトキハ自己ノ持分ノ割合ヲ超過スル部分ニ付キ乙ニ對シテ不當利得ノ返還ヲ請求シ得ヘシ。

第三節　不可分債權關係

六一　(1) 不可分債權關係（unteilbare Schuldverhältnis）トハ不可分ノ給付ヲ目的トスル多數主體ノ債權關係ヲ謂フ。不可分ノ給付トハ其給付ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ因リ分割シテ給付スルヲ得サル給付ヲ謂フ。而シテ給付ノ性質上不可分ナル場合ノ中ニハ價格ヲ害スルニ非サレハ分割シテ給付スル能ハサル場合ヲ包含ス。一箇ノ物ノ引渡ノ債務ノ如キハ通常性質上ノ不可分債務也ト云フヘク唯完全ナル共同支配ノ關係ヲ生シ得ヘキ場合ニ於テノミ可分債務也ト云フヘヲ物理的ニ半分給付スルコト例ヘハ一頭ノ馬ノ頭部タケ引渡スカ如キハ不能ナルカ故ニ物理的ニ觀察シテ云フトキハ一箇ノ物ノ給付ハ不可分ナルモ一箇ノ物全部ヲ支配シナカラ而モ其支配ヲ共同トナシ得ヘキ場合ニ於テハ其給付ハ可分也。物ノ所有權給付ノ債務ノ如キモ亦同樣ニシテ其物ノ半分ニ付テノ所有權ヲ移轉スルコトハ不能ナルカ故ニ此點ヨリ觀レハ其給付ハ不可分ノ給付ナルモ其物ノ持分ヲ與ヘテ共有トスルコトハ可能ナルカ故ニ此點ヨリ觀レハ其給付ハ可分ノ給付也（但實際ニ於テハ當事者ノ默示ノ意思表示ニ因リテ不可分ナルヲ普通トスヘシ）。次ニ當事者ノ意思表示ニ因リ不可分トセルモノヲ謂フ。例ヘハ金千圓ヲ給付スヘキ債務ハ性質上可分ナルモ當事者カ特ニ分割給付ヲ禁シ一括シテノミ給付スルコトヲ契約セルカ如キ場合ニ於テハ其給付ハ卽チ當事者ノ意思表示ニ依ル不可分ノ給付也。

(2) 不可分給付ハ債權關係ノ雙方ノ主體カ各一人ナル場合ニモ其目的タルヲ得。然レトモ此場合ニ付テハ特ニ說明ヲ要セス。民法カ不可分債務トシテ特ニ規定セルハ債權者複數ノ場合ト債務

者複數ノ場合也。而シテ說明ノ便宜上前者ハ之ヲ不可分債權ト稱シ後者ハ之ヲ不可分債務ト稱セン（同旨鳩山氏二三四頁）。

不可分債權ノ箇數

六一 a　不可分債權

(1)　數人カ一箇ノ不可分給付ヲ受クル權利ヲ有スル場合ニ於ケル其債權ノ箇數ニ付テハ議論アリ。數個也トスル學說アルモ（鳩山氏二三五頁石坂氏九一頁。鳩山氏二三九頁）、目的カ一箇ナル故前述（五八）ノ理由ニ因リ一箇ノ債權也ト觀サルヘカラス（結果同川名氏二九四頁。フランスノ通說）。而シテ一箇ノ物ノ共有者ノ如ク各債權者ハ夫々其一ノ債權ニ付テ權利ヲ有スル也。

不可分債權ノ效力

(2)　不可分債權ハ各主體間ノ關係ニ於テ次ノ如キ效力ヲ生ス。

(イ)　請求　各債權者單獨ニテ總債權者ノ爲メニ全部ノ給付ヲ請求スルヲ得（民四二八）。或ハ總債權者共同スルニ非サレハ全部ノ給付ヲ請求シ得サルモノトシ（普國法）、或ハ各債權者カ總債權者ニ給付スヘキコトヲ債務者ニ請求シ得ルモノトナス（獨民四三二。瑞債七〇、一）等ノ立法例ナキニ非サルモ、實際上便宜ナラサルヲ以テ我民法ハ之ヲ採ラス（富石坂氏九三四頁。嘉山氏二四〇頁。鳩山氏二三六頁參照）。

(ロ)　履行　債務者モ亦何レノ債權者ニ對シテモ總債權者ノ爲メ全部ノ履行ヲ爲スコトヲ得。

(ハ)　承認　左レハ亦債務者ハ總債權者ノ爲メ各債權者ニ對シ債務ノ承認ヲ爲スコトヲ得ルモノト云フヘシ。

請求、履行、承認等ノ效果

(ニ)　一債權者ノ爲シタル履行ノ請求及ヒ其一人ニ爲シタル履行ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ共效力ヲ生ス。是レ第四二八條ニ「總債權者ノ爲メ」トアルニ依リテ明也。一債權者ニ對スル履行ノ提供及ヒ第四九四條ニ依ル供託モ總債權者ニ對シテ效力ヲ生ス（同旨鳩山氏二三七頁。提供ニ付キ同旨川名氏二九六頁。反對石坂氏九五三頁）。然レトモ何レノ債權者モ他ノ債權者ノ權利ヲ害シ又ハ處分シ得サルハ勿論、債務者ノ正當ノ利益ヲ犧牲ニシテ他ノ債權者ヲ利スルヲ得サルモノナルカ故ニ一債權者ノ行爲ハ他ノ債權者ノ不利益ニ效力ヲ生スルコトナク又他ノ債權者カ債務者ニ對シテ喪失シタル權利ヲ復活セシムルカ如キコトナキモノトス。隨テ一債權者カ債務者ニ對シテ履行請求ノ訴訟ヲ爲ストキハ勝敗何レノ場合ニモ該債權者ノ權利關係ヲ確定スルニ止マリ他ノ債權者ノ權利關係ニ付テハ確定力ヲ生セサルモノトス。卽チ一債權者ハ總債權者ノ債務者ニ對スル權利關係ヲ確定スヘキ性質ノ訴訟行爲ヲ爲スヲ得ス、隨テ又總債權者ノ爲メノ假差押又ハ假處分ヲ爲スヲ得ス唯自己一人ノ權利ニ基キテ全部ノ給付ヲ求ムル訴訟、全部ノ給付ヲ受クル權利アルコトノ確認ノ訴訟又ハ假差押、假處分ヲ爲シ得ルニ過キサルモノトス。次ニ一債權者ニ對シ總債權者ノ爲メニ爲シタル履行カ總債權者ニ對シテ效果ヲ生スル以上一債權者ニ對シ總債權者ノ爲メニ爲シタル債務ノ承認モ亦總債權者ニ對シテ效

力ヲ生スルモノト云ハサルヘカラス。

(ホ) 不可分債權ハ一箇ノ債權ナレトモ其債權ニ付キ數人ノ債權者カ各權利ヲ有スルモノナルカ故ニ各債權者ノ權利ハ共有者ノ持分ト同樣夫々單獨ニ消滅シ得ルモノト云フヘク、單獨ニ消滅スルモ他ノ債權者ハ其權利ヲ害セラレサルカ故ニ債務者ニ對シテ其不可分ナル全部ノ給付ヲ請求シ得ヘク、其給付アリタルトキハ一人ノ債權者カ權利ヲ失ハサレハ之ニ分與スヘキ利益ハ他ノ債權者ノ利得スヘキモノニ非サルカ故ニ不當利得トシテ之ヲ債務者ニ償還セサルヘカラス(償還ハ金錢ヲ以テス、拙著各論一八八參照。結果同鳩山氏二三九頁。橫田氏四七五頁。磯谷氏、一〇五頁。異旨、場合ニ依リ異ナリトノ說川名氏二九九頁)。第四二九條第一項ハ一人ノ債權者ト債務者トノ間ニ更改又ハ免除アリタル場合ニ付テノミ之ヲ償還スヘキコトヲ規定スレトモ此二ツノ場合ニ限ルヘキ道理ナク、混同、代物辨濟又ハ時效ニ因ル消滅ノ場合モ類推ニ因リ同一ノ結果トナルヘク(同旨鳩山氏二三九頁以下。石坂氏九四八頁九。磯谷氏下卷一〇七頁一一〇頁以下)。相殺ニ付テモ同樣ニ解スル學說アルモ(鳩山氏前揭石坂氏九五一頁。磯谷氏下卷一一〇頁)不可分債權ヲ一債權者ニ對スル債務者ノ債權ト對當額ニ於テ消滅セシムルコトハ總債權者ト債務者ノ特別ノ合意ナキ限リ爲シ得サル所ナルヲ以テ一債權者ト債務者間ニ於テハ右ノ合意ナキ限リ相殺シ得サルモノト云フヘシ(民五〇五。五〇六參照。結果同橫田氏四八二頁以下)。反之、更改、免除、混同、代物辨濟及ヒ時效ニ因ル消滅ハ一債權者ノ權利ノミニ付テ之ヲ認メ得ルノ餘地アリ。卽チ此等ノ場合ハ一種特別

一債權者ノ權利消滅ノ效果

相殺ノ能否

ノ更改、免除、混同、代物辨濟及ヒ時效ニ因ル消滅トシテ之ヲ認ムルノ餘地アルモノトス。

(ヘ) 一債權者ノ權利ノ消滅ヲ來ササル場合ニ於テハ其一人ノ行爲又ハ其一人ニ付キ生シタル事項ハ履行ノ請求ノ外他ノ債權者ニ對シテ效力ヲ生セス。第四二九條第二項ハ卽チ此意味ニ解スヘキ也。故ニ例ヘハ債權者ノ一人カ辨濟期ヲ延期スルモ他ノ債權者ニ對シテハ何等ノ效力ヲ生セス他ノ債權者カ履行ヲ受ケタルトキハ延期シタル債權者ニモ其延期ノ期限ヲ待ツコトナク其分與スヘキモノヲ直ニ分與スルヲ要ス。

(3) 債權者相互間ニ於ケル不可分債權ノ效力ニ付テハ民法ニ明文ナキカ故ニ其效力ハ其債權ヲ成立セシメタル當事者ノ特別ノ意思表示又ハ各債權者間ノ契約ニ依リテ定マルヘク、然ラサル場合ニ於テハ其給付ニ付キ各債權者平等ノ權利ヲ有スルモノト云フヘシ。

相對的效力ノミヲ生スル事項

債權者相互ノ關係

六一b 不可分債務

債務ノ箇數

(1) 性質

(イ) 我民法上不可分債務ニ付テハ債權者ハ一債務者ニ對シ又ハ同時若ハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部ノ履行ヲ請求シ得ルヲ以テ(民四三〇。四三二)不可分債務ハ數箇ノ債務也トナス學說アルモ(鳩山氏二四一頁。石坂氏九五六頁嘉山氏二四四頁)目的一箇ナル故前述(五八)ノ理由ニ依リ其債權債務ハ一箇ニシテ一箇ノ債權關係

ニ付キ數人カ債務ヲ負擔スルモノト云フヘキ也。

連帶債務トノ異同

（ロ）　不可分債務ト連帶債務トハ各債務者カ全部ノ給付ヲ爲ササルヘカラサル點ニ於テ相同シ。然レトモ連帶債務ノ場合ニハ債權者ハ一部ノ履行ヲ請求シ得ルニ反シ、不可分債務ノ場合ハ一部ノ履行ヲ請求スルヲ得ス。又不可分債務ハ其給付カ可分トナルトキハ當然分割債權關係トナル點ニ於テ相違アリ。又第四三四條乃至第四四〇條カ不可分債務ニ準用ナキニ因リ其效力ニ於テ差異アリ（民四三〇。但獨民四三一ハ不可分債務ヲ連帶債務トナス）。

協力ヲ要スル場合

（ハ）　不可分債務ハ何レノ債務者ニ於テモ全部給付ノ義務ヲ負フモノナルカ故ニ其給付ニ必ス數人ノ行爲ヲ要スル債務ハ不可分債務ニ非ス。故ニ例ヘハ數人協力シテ奏樂ヲ爲スヘキ債務ノ如キハ不可分債務ニ非ス。

(2)　效力　不可分債務ニ在リテハ一債務者ノ履行若ハ第四九四條第四九七條ニ依ル供託カ絕對的效力ヲ生シ他ノ債務者モ其債務ヲ免ルルハ理論上當然ノコト也。債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供（民四九三。四九二）及ヒ債權者ノ遲滯（四二參照）モ亦絕對的效力ヲ生スルモノト解ス（同旨鳩山氏二四四頁）。尙第四三〇條ハ債權者及ヒ數人ノ債務者間ノ效力ニ付キ第四三四條乃至第四四〇條ノ規定ヲ除キ其他連帶債務ニ關スル規定及ヒ第四二九條ヲ準用ス。故ニ

履行ノ請求

（イ）　債權者ハ一債務者ニ對シ又ハ同時若ハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部ノ履行ヲ請求スルヲ得。隨テ數人ノ債務者ヲ別々ニ相手取リテ給付ノ訴ヲ提起スルモ債務者ハ權利拘束ノ抗辯（民訴二三一）ヲ爲スヲ得ス。又債務者ノ數人破產シ其ノ不可分債務カ金錢債務ナルトキハ債權者ハ其全額ニ付キ各財團ノ配當ニ加入シ得ルモ（民四三〇。四四一。破二四尙破二二。民四二七參照）、凡ソ配當ニ因リテ各破產債權者ニ完濟シ能フ場合ハ殆絕無ナルヘク、完濟シ能フ場合ニ非サレハ不可分債務ハ辨濟シ得サルカ故ニ不可分債務ニ付テハ第四四一條準用ノ實益殆絕無ナルヘシ。履行ノ請求ハ其請求ヲ受ケタル債務者ニ對シテハ效力ヲ生スレトモ他ノ債務者ニ對シテハ效力ヲ生セス（民四三四ノ準用ナキカ故ニ）。

更改免除

（ロ）　更改、免除ニ關スル第四二九條ノ規定ハ不可分債務ニ準用アルカ故ニ債務者ノ一人ニ對スル關係ニ付テノミ更改、免除アルモ他ノ債務者ハ其債務ヲ免ルルコトナク、履行ヲ爲シタル債務者ハ其更改、免除ノ爲サレタル債務者ノ負擔部分ニ付キ債權者ニ對シ不當利得ノ返還ヲ請求シ得ヘキ也。而シテ混同、時效完成ニ因リ一債務者ノ義務消滅シタル場合ニ於テモ他ノ債務者トノ關係ニ付テハ理論上同一ニ解セサルヘカラス（六一a、(2)(ホ)參照）。然レトモ債權者ハ各債務者ニ對スル其不可分債務ヲ免除シ又ハ處分シ得ルモノナルカ故ニ一債務者トノ契約ニ因リ他ノ債務者ノ債務ヲモ消滅セシムル所ノ更改ヲ爲シ（民五一一四參照）若ハ代物辨濟ヲ受クルヲ得（結果同鳩山氏二四五頁）。而シテ代物辨濟ハ當事

混同、時效完成

者ノ合意上債務者一人ノ債務ノミヲ消滅セシムル爲メニモ爲スヲ得ヘク、此場合ニハ其一人ニ對スル關係ニ付テノミ更改アリタル場合ト同樣ノ結果ヲ生ス。一債務者ニ對スル債權者ノ債務ト不可分債務トヲ相殺スルトキハ債權者ノ債權モ目的ヲ達シ其相殺ハ絕對的效力ヲ生ス（反對鳩山氏二四六七頁。嘉山氏二四四頁等）。

（ハ）不可分債務ノ債務者相互間ニ於ケル效力ニ付テハ民法ハ連帶債務ニ關スル規定ヲ準用ス。故ニ辨濟其他自己ノ出捐ニ因リテ全部ノ債務ヲ消滅セシメタル債務者ハ他ノ債務者ニ對シ各自ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ有ス（民四三〇、四四二以下。尙負擔部分ニ付テハ六五ノ(2)及ヒ(6)參照）。

六一c　不可分ノ消滅　不可分給付ハ後ニ可分給付トナルコトアリ。例ヘハ意思表示ニ因ル不可分給付ハ後ニ反對ノ意思表示ヲ爲スニ因リテ可分トナル。之ヲ不可分ノ消滅ト云フ。性質上ノ不可分給付ノ債務ニ代リタル損害賠償ノ債務ハ可分ノ給付ヲ目的トスルモ此場合ハ不可分ノ給付カ可分給付トナリタルニ非スシテ不可分給付ノ債務ハ消滅シタルモノト觀ルヘキ也。而シテ不可分消滅ノ結果不可分債權關係ハ分割債權關係トナル（民四三一）。是レ其不可分債權關係ハ唯給付カ不可分ナルコトノミヲ理由トシテ存在セルモノナレハ也。

第四節　連帶債務

沿革

概念

六二　連帶債務ノ性質　先ッ概念ヲ揭ケテ然ル後性質ノ詳細ヲ說明スヘシ。

(1) 同一ノ給付ヲ負擔スル數人ノ債務者アリ、債權者カ一債務者ニ對シ又ハ同時若ハ順次ニ總債務者ニ對シ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求シ得テ之ヲ拒絕シ得ヘキ特別ノ債務者アルコトナク其債務者中ノ何人カ辨濟スルモ總債務者ノ爲メ其辨濟ノ限度ニ於テ債務消滅スヘキ場合ニ於テ其債務ヲ連帶債務ト云フ。

(2) 連帶債務ノ制度ハローマ法以來認メラレ、種々ナル變遷ヲ經テ今日ニ至リタルモノ也。ローマ法ニ於テモ債權者カ同一ノ目的ヲ達スル爲メ數人ノ債務者ニ對シ同樣ナル給付ヲ請求シ得ヘク、債務者中ノ一人カ其全部ノ給付ヲ爲ストキハ是ニ因リ他ノ債務者モ亦其債務ヲ免ルヘキ場合アリ。其場合ヲ二種ニ分チ一ヲ共同連帶（Korreal-obligation）ト稱シ、他ヲ單純連帶又ハ全部義務（Blossolidar-obligation）ト稱ス。而シテ兩者區別ノ標準ニ付テハ非常ニ議論アリ。ケルラー（Keller）及ヒリッペントロップ（Ribbentrop）兩氏ノ說ニ依レハ共同連帶ノ場合ハ債權債務單一ニシテ債務者數人也、例ヘハ要式口約（stipulatio）ニ依リ三人ニテ三百圓ヲ支拂フコトヲ約スルトキハ玆ニ共同連帶ヲ生ス。而シテ債務關係

單一ナルカ故ニ一債務者ニ付テ生シタル事項ハ當然他ノ債務者ニ影響ス。反之、單純連帶（全部義務）ノ場合ニハ債權債務ノ數ハ債務者ノ數タケ存在シ而モ皆同一ノ目的ヲ達スルカ爲メニ存在ス。例ヘハ數人共同ニテ不法行爲ヲ爲ストキハ各自カ單純連帶ノ債務ヲ負擔ス。卽チ單純連帶ノ場合ニハ數箇ノ債務存在スルカ故ニ唯其目的同一ナルカ爲メ目的ノ滿足ニ因リテ各債務消滅スル場合ヲ除キ一債務者ニ付テ生シタル事項ハ他ノ債務者ニ影響セサルモノトナス。此說ヲ債務單一說ト稱ス。然ルニ共同連帶ノ場合ニモ債務關係ハ複數ニシテ單純連帶トノ差異ハ之ヲ他ノ點ニ求ムヘキモノトスル說アリ。之ヲ債務複數說ト稱ス。而シテ其差異ヲ他ノ如何ナル點ニ求ムヘキカニ付キ又學說岐ルルモ、デルンブルヒ氏ノ說ニ依レハ其差異ヲ債務發生ノ原因ニ求メ其原因カ共同連帶ニ在リテハ法律行爲ニシテ單純連帶ニ在リテハ法律ノ規定也トナス（Dernburg, Pandekten B. 2 § 71.）（石坂氏七六八頁以下等參照）。然レトモ今日各國ノ法典ハ斯ノ如キ區別ヲ認メス。我舊民法ハ連帶債務ト全部義務トヲ區別シ連帶債務ハ債務者間ニ相互ノ代理權アル場合ニ存シ全部義務ハ其代理權ナキ場合ニ存ストナシ（債權擔保編五二。五四。七三）例ヘハ數人カ同一ノ所爲ニ付キ損害賠償ノ責ニ任シ各自ノ過失又ハ懈怠ノ部分ヲ知ル能ハサルトキハ全部義務ヲ生ストナシタルモ（財產編三七八）立法上宜シキヲ得タルモノニ非ス。

(3)　連帶債務ノ性質ハ(1)ニ示ス概念ニ依リテ自ラ明トナルヘキモ尙左ニ之ヲ說明スヘシ。

（イ）　通說ハ連帶債務ヲ以テ數箇ノ債務也トナス（石坂氏七九〇頁。鳩山氏二五〇頁。嘉山氏二五一。正八、一二、一五、大判民錄二三〇四頁等）。而シテ或ハ債務者複數ナルトキハ債務關係モ亦複數也ト解スルヲ自然ノ解釋也トシ、我民法上連帶債務ノ性質ヲ定ムヘキ基礎タル條文（民四三二）ニ於テ債權者ハ各債務者ニ對シ同時又ハ順次ニ全部又ハ一部ノ給付ヲ請求シ得ヘキモノトスルカ故ニ民法ハ債務複數說ヲ採リタルモノト云ハサルヘカラストナス（鳩山氏前揭）。然レトモ余ハ前述（五八）ノ理由ニ依リ連帶債務ニ對スル債權ハ一箇ナルカ故ニ債務モ亦一箇ニシテ唯數名ノ債務者アルニ過キストナス（結果同橫田氏四九九頁。尙佛ノ民法及學說カ單一說ナルコトニ付テハ石坂氏七八三頁以下參照）。而シテ債務一箇ニシテ債務者數名アルモノト見ルモ第四三二條ノ如ク規定スルヲ妨ケサルコトハ同條自體ニ依リテ明ナルカ故ニ同條ハ決シテ民法カ債務複數說ヲ採リタルモノト解スヘキ根據トナラス。加之、連帶債務カ一箇ノ債務也ヤ將タ數箇ノ債務也ヤハ客觀的ニ定マリ立法者ノ見解如何ニ依リテ浮動スルモノニ非サルカ故ニ假ニ連帶債務ハ數箇ノ債務也トノ見解ノ下ニ民法ノ規定カ設ケラレタリトスルモ是レカ爲メ連帶債務ハ數箇ノ債務トナルモノニ非ス。

（ロ）　數人ノ債務者ハ債務ノ存スル限リ各全部ノ給付ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔ス。若シ通說ノ如ク數箇ノ債權債務アルモノトセハ連帶債務者ノ數名カ同時ニ各全部ノ給付ヲ提供シタルトキハ債權者ハ其總テヲ受領シ得サルヘカラサルモ其不當ナルヤ言ヲ竢タス。債權者ハ債務者一人ノ提供シ

タル給付ノ全部又ハ債務者數人ノ提供シタル各給付ノ一部ヲ受領シ得ルニ過キス。是レ其債務者數名アルモ債務一箇ナルカ爲メ也。隨テ又例ヘハ米三斗ノ給付ヲ爲スヘキ三名ノ連帶債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒ米三斗宛ノ提供ヲ爲スモ是レカ爲メ直ニ第四〇一條第二項ノ適用アリテ其米合計九斗カ爾後債權ノ目的トナルモノニ非ス。債權者カ其三名中何レカ一人ノ提供ヲ受領スヘキ意思ヲ表示シ又ハ其三名カ合意シテ其內ノ三斗タケヲ更ニ提供シタルトキ若ハ二名カ提供ヲ撤回シテ一名ノミ其三斗ノ提供ヲ爲シ居ルトキ其債權ノ目的物ハ特定スル也。

(ハ)　債權者ハ同一ノ給付ニ付キ債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若ハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求シ得テ之ヲ拒絕シ得ヘキ特別ノ債務者アルコトナシ。而シテ斯ル特別ノ債務者アルトキハ其債務者ハ右ノ拒絕ヲ爲シ得サルニ至リテ始メテ連帶債務者トナル。故ニ可分債務ノ單純ナル保證人モ辨濟期ニ在リテ催告及ヒ檢索ノ抗辯權(民四五二、四五三)ヲ有セサルニ至ルトキハ爰ニ連帶債務者(連帶保證人)トナル。連帶債務者ノ何レニ對シテ全部又ハ如何ナル部分ノ給付ヲ請求スヘキカハ全ク債權者ノ自由ニ選擇シ得ルモノトス。然レトモ之ヲ債權者カ選擇權ヲ有スル選擇債務ト混同スヘカラス。連帶債務ニ在リテハ其選擇ノ有無ニ拘ラス、各債務者カ全部ノ給付ヲ爲スヘキ確定ノ義務ヲ有スルモノナレハ也。債權者ハ各債務者ニ對シ同時ニ全部ノ給付ヲ請求シ得レ

トモ同時ニ各債務者ヨリ夫々全部ノ給付ヲ受領シ得ルニ過キス。是レ其數名ヨリ一箇ノ給付ヲ受クル債權ヲ有スルニ過キスシテ其債權一箇ナルカ爲メ也。

(ニ)　一債務者ノ爲シタル全部又ハ一部ノ給付ハ其限度ニ於テ總債務者ノ爲メ債務ヲ消滅セシム。是レ亦連帶債務ノ特色ニシテ債務ノ一箇ナルコトノ當然ノ結果也。

(ホ)　連帶債務ノ場合ニハ債務者相互ノ間ニ必ス負擔部分ノ關係アリ。然レトモ負擔部分ノ關係ハ連帶債務ノ場合ニ限ラス一箇ノ債務ニ付キ數人ノ債務者アルトキハ常ニ存在スルモノトス。負擔部分ニ付テハ尙後(六五(2)(6))ニ詳說スヘシ。

(4)　學者多ク連帶債務ニ似テ非ナルモノニ不眞正連帶債務(不完全連帶債務、舊民法ノ全部義務(unechte Solidarität; solidarité imparfait))ナルモノアリトナシ、共區別ノ標準ニ付キ或ハ連帶債務ニ在リテハ數箇ノ債務其成立原因ヲ同ウシ不眞正連帶債務ニ在リテハ之ヲ異ニストナス(石坂氏九四一頁以下、磯谷氏下卷二七二頁)。然レトモ其非ナルコトハ後(六三(3))ノ說明ニ依リテ明也。或ハ又不眞正連帶債務ノ特質トシテ債務者間ニ負擔部分ノ關係ナキモノトナシ(仁井田氏法協三、四巻一號五九頁)、或ハ兩者ノ差異ヲ目的ノ共同ナリヤ否ヤノ點ニ求メ連帶債務ノ場合ニハ數箇ノ債權カ共同ノ目的ヲ有シ隨テ對內關係ニ於テ負擔部分ノ問題ヲ生スルニ反シ不眞正連帶債務ノ場合ニハ數箇ノ債務ハ縱令客觀的ニハ單一ノ目的ヲ有スルモ共同ノ目的ヲ有セサルヲ以テ對內關

係ニ於テ負擔部分ノ問題ヲ生セストナシ、例ヘハ受寄物ヲ受寄者ノ不注意ニ乘シ第三者カ毀滅シタル場合ニ於ケル受寄者及ヒ第三者ノ有スル債務、他人ノ家屋ニ放火シタル者ト保險者ノ有スル債務ノ如キハ不眞正連帶債務也トナス（鳩山氏二八七頁、嘉山氏二八五頁）。然レトモ數箇ノ債務カ客觀的ニハ單一ノ目的ヲ有スルモ共同ノ目的ヲ有セスト云フハ意味ヲ成サス、又同一ノ給付ヲ負擔スル數人ノ債務者アル場合ニ對內關係ニ於テ負擔部分ナキ債務ヲ認ムルトキハ數人ノ債務者ハ自ラ全部ヲ辨濟スルモ求償シ得サルカ故ニ辨濟シタル債務者ノミ唯リ不利益ヲ受クルコトトナリ、隨テ各債務者ハ互ニ自ラ辨濟セスシテ他ノ債務者ヲシテ辨濟セシムルコトニ努力シ遂ニハ債權者ト結託シテ他ノ債務者ノ財產ニ因リテノミ辨濟ヲ受ケシメントスルカ如キ弊害ヲ生スヘク、斯ル債務關係ヲ認ムルコトハ公序良俗ニ反スルカ故ニ法律ノ明文ニ存セサル斯ル債務關係ハ之ヲ認ムヘキモノニ非ス。右設例ノ如キ場合ハ矢張リ連帶債務ニシテ負擔部分ハ總テ物ヲ毀滅シタル第三者又ハ放火者ニ在リ、隨テ若シ債權者カ第三者又ハ放火者ニ對シテ債務ヲ免除シタルトキハ第四三七條ニ依リ、其債務カ時效ニ罹リタルトキハ第四三九條ニ依リ受寄者又ハ保險者ハ全ク其債務ヲ免ルヘキモノトス。乃チ商法第四一六條第一項ニ於テ保險者カ其負擔額ヲ支拂ヒタルトキハ其限度ニ於テ債權者カ第三者ニ對シテ有セル權利ヲ取得スト規定セルハ右法理ノ誤解ニ出テタルモノニシテ其法意ハ結局第三者ニ對シテ求償權ヲ取得スルコトヲ規定シタルニ外ナラス。學者或ハ又連帶債務ノ場合ニハ債務者相互間ニ共同關係存在スルモ全部義務ノ場合ニハ其關係存在セス。民法第七一五條ノ場合ニ於ケル使用者ト被用者ノ義務、第九八九條ノ場合ニ於ケル前戶主ト家督相續人ノ義務、第二五四條ニ依ル共有者ノ一人ト其特定承繼人ノ義務、互ノ關係ニ於テ求償權ノ生スル原因ハ委任、事務管理又ハ不當利得ノ外ニ出テストナス（横田氏新誌三〇卷評論一二卷民法六一三頁以下）。然レトモ所謂全部義務ノ場合ト雖モ各債務者カ何レモ債務ノ目的タル全給付ヲ爲ス義務ヲ負フ點ニ著眼セハ其間ニ共同關係アリト云フヲ得ヘク、又連帶債務ノ場合ニ在リテモ各債務者カ各自單獨ニテモ全給付ヲ爲ス義務ヲ負フ點ニ著眼セハ共同關係ナシトモ云フヲ得ヘキカ故ニ共同關係ノ存否ニ因リテ連帶債務ト全部義務トヲ區別セントスルハ理由ナシ。殊ニ論者ノ如ク兩者區別ノ結果全部義務者相互ノ關係ニ於テ求償權ノ生スル原因カ委任、事務管理又ハ不當利得ノ外ニ出テストセハ例ヘハ前戶主カ辨濟シタルニ因リ相續人ニ對シテ有スル求償權ノ範圍ハ第四四二條ニ依ル求償權ノ範圍ヨリモ小ニシテ（民七〇二、七〇四參照）妥當ナラサルノミナラス、全部義務者ノ中償還ノ資力ナキ者アル場合ニモ第四四四條ニ依ルカ如キ公平ノ結果ヲ得ス、又例ヘハ債權者カ一債務者ニ對シテ債務ヲ免除シタル場合ニモ第四三七條ニ依ルカ如キ妥當ノ結果ヲ見サルヘシ。

然ルニ余輩ノ如ク所謂全部義務ノ場合モ亦連帶債務也ト解スルトキハ常ニ妥當ナル結果ヲ得ヘシ。故ニ連帶債務ノ外ニ全部義務アリトスルハ理論上且實際上不當也（川名氏三二六頁以下モ所謂不完全連帶債務（全部義務）ハ連帶債務也トナス）。

六三　連帶關係成立ノ原因

(1)　連帶債務ニ於ケル其債務發生ノ原因ハ一般ノ債務發生ノ原因ト異ナルナシ。而シテ其數人ノ債務者間ノ連帶關係ハ法律行爲、法律ノ規定（例、民四四、二。七一九。商六三。一三六。一四二ノ二乃至四。一四六、二。二一六。二七三。二九九。三九九等）又ハ債務ノ發生原因ニ因リ成立スルモノニシテ其成立ハ債務ノ發生ト同時ナルコトアリ、又其ノ債務カ一旦ハ連帶關係ナキ債務トシテ發生シ後日連帶關係成立シテ連帶債務トナルコトアリ。然レトモ連帶關係ノ成立カ債務ノ發生ト同時ナルト否トヲ問ハス一箇ノ給付ヲ目的トスル債務ニ付キ數人ノ債務者アリテ債權者カ一債務者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求シ得テ之ヲ拒絶シ得ヘキ特別ノ債務者ナキ場合ニ於テハ其債務ハ卽チ右總債務者ノ連帶債務ニシテ敢テ法律ニ其債務カ連帶債務ナル旨ノ明文アルヲ要セス（反對鳩山氏二五七頁）。故ニ例ヘハ甲カ乙ニ寄託シタル物ヲ乙ノ不注意ニ因リ丙ニ盜マレ消費セラレタルトキハ乙丙俱ニ其損害ヲ賠償スル義務ヲ有シ甲ハ乙丙ノ一人ニ對シ又ハ同時若ハ順次ニ乙丙兩人ニ對シテ全部又ハ一部ノ賠償ヲ請求シ得テ乙丙何レモ之ヲ拒絶シ得サルモノナルカ故ニ縱令法律ニハ此債務カ連帶債務ナルコトノ明文ナキモ乙丙ノ債務ハ其發生原因ニ依ル連帶債務ニシテ（反對鳩山氏二五三頁以下。前六二(4)參照）負擔部分ハ全部丙ニ在リ。

(2)　法律行爲カ連帶關係成立ノ原因タル場合ニ其法律行爲ハ契約タルヲ原則トスレトモ亦遺言タルヲ得。而シテ其法律行爲ニハ常ニ連帶關係ヲ成立セシムヘキ意思表示アルヲ要ス（同旨正四、九、一四八頁。鳩山氏二五八頁。嘉山氏二五五頁）。但連帶ナル語ヲ用キサルモ實質上連帶關係ヲ成立セシムル旨ノ意思表示アルヲ以テ足ル。獨逸民法第四二七條ハ數人カ共同ノ契約ニ因リ可分債務ヲ負擔スルトキハ特別ノ意思表示ナキ限リ連帶債務ヲ負擔スル旨規定スレトモ我民法ニハ斯ル規定ナキヲ以テ同一ニ解スルヲ得ス。

(3)　學者或ハ債務發生ノ原因同一ナルコトヲ以テ連帶債務ノ一要件トナシ（石坂氏七九七頁）、或ハ連帶債務ハ必スシモ常ニ同一ノ發生原因ヲ要セストナス（鳩山氏二五四頁）。惟フニ此等ハ皆連帶債務ヲ以テ數箇ノ債務也トナスカ爲メニ生スル意見ノ相違也。然レトモ連帶債務ハ數箇ノ債務也トセハ各債務ノ發生原因ハ全然同一ナル能ハス。例ヘハ三名連帶ニテ金百圓ヲ借受ケタル場合ニ於テモ貸主カ金百圓貸渡シタル事實ハ三人ニ對シ同一也ト雖モ三名各自カ連帶ノ契約ヲ爲スハ夫々各自ノ行爲

ナルカ故ニ縦令相等シキモ同一ニアラス。甲一人カ既ニ金百圓ヲ借入レ後日乙カ重疊的債務引受（八九參照(3)）ヲ爲ストキハ甲ノ債務發生ノ原因ハ其借入ニシテ乙ノ債務發生ノ原因ハ甲ノ右債務ノ存在ト乙ノ右引受也。隨テ甲ノ債務發生ノ原因ト乙ノ債務發生ノ原因トハ同一ニ非ス。故ニ連帶債務ハ數箇ノ債務也トセハ其發生原因ハ各債務者ニ對シテ一部共通ナルモ全然同一ニハ非ス、若ハ全然相異ナレルモノトナスヲ正當トス。反之、余輩ノ如ク連帶債務ハ一箇ノ債務也トスルトキハ其債務ノ發生原因同一也ヤ否ヤノ問題ヲ生セス、連帶關係ノ成立ハ各債務者ニ對シテ共通ナルカ故ニ其成立原因ハ必然的ニ同一也。而シテ債務ノ發生ト同時ニ連帶關係成立シ各債務者カ皆主債務者タル場合ニ於テ若ハ連帶債務者タル保證人相互ノ關係ニ於テハ一債務者ニ付テ存スル法律行爲ノ無效又ハ取消ハ他ノ債務者ノ債務關係ヲ不成立ナラシメ若ハ之ヲ消滅セシムルモノニ非ス（民四三三。四五八。）。然レトモ全然他ノ債務者ノ債務關係ニ於テハ影響アリ。而シテ右ノ如ク負擔部分ノ關係ヲ除キ其他ノ關係ニ於テ他ノ債務者ニ影響ナキハ各債務者ニ付テ獨立ノ債務成立スルカ爲メニ非スシテ同一ノ債務ニ對スル各債務者ノ關係カ夫々獨立ナルカ爲メ也。然レトモ第四三三條ハ强行規定ニ非サルカ故ニ當事者カ連帶債務ノ負擔ヲ約スル際反對ノ意思表示ヲ爲セル場合ニハ固ヨリ是ニ從ハサルヘカラス。

六四　債權者ニ對スル連帶債務ノ效力

A　債權者ノ權利

(1)　債權者ハ連帶債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若ハ順次ニ總債務者ニ對シ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルヲ得（民四三二）。同時ニ請求スト順次ニ請求スト時ヲ異ニシテ裁判上又ハ裁判外ニ於テ請求スルコトヲ謂フ也。

(2)　債務者ノ數人又ハ全員カ破產シタル場合ニ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ各財團ノ配當ニ加入スルヲ得（民四一）。債權ノ全額トハ配當加入當時現存スル債權ノ全額也。破產法第二四條ニ破產宣告ノ時ニ於テ有スル債權ノ全額ト云フハ卽チ之ヲ意味シ其全額ハ同法第一五條以下ノ制限ニ從フ。而シテ右ノ全額ニ付キ各財團ノ配當ニ加入スルモ現ニ配當ヲ受クル當時現存スル債權額ヲ超過スル配當ハ之ヲ受ケ得サルコト言ヲ竢タス。

B　連帶債務者ノ一人ニ付テ生シタル事項ノ效力

(1)　連帶債務者ノ一人ニ付テ生シタル事項カ他ノ債務者ニ對シテ如何ナル效力ヲ及ホスヘキカノ問題ハ連帶債務カ一箇ノ債務ニシテ其債務ニ付キ各債務者カ夫々別箇ノ關係ヲ有スト云フコトニ依リ解決スルヲ理論上正當トス。而シテ其效力ニ絕對的效力ト相對的效力トアリ。

絕對的效力

(2) 絕對的效力ヲ生スル事項左ノ如シ。

(イ) 辨濟　直接ノ明文ナキモ辨濟カ絕對的效力ヲ生スルコト言ヲ俟タス（民四四二、一。獨民四二二。佛民一二〇〇）。代物辨濟（民四八二）及ヒ第四九四條第四九七條ニ依ル供託（民五七八比較參照）ハ辨濟ト同一ノ效力ヲ生スルカ故ニ是レ亦絕對的效力ヲ生ス。

(ロ) 相殺　相殺（民五〇五）ハ債權ノ目的ヲ達スル一方法ナルカ故ニ絕對的效力ヲ生ス（民四三六、一。獨民四四二、一。瑞債一四七、一。）。然ラハ連帶債務者ノ一人甲ハ他ノ債務者乙カ債權者ニ對シテ有スル反對債權ヲ以テ相殺シ得ル乎。理論上之ヲ許スヘキ理由ナシ。然レトモ我民法ハ便宜上ノ理由ニ基キ甲ハ乙ノ負擔部分ニ付テノミ乙ノ債權ヲ以テ相殺シ得ルコトヲ認メタリ（民四三六、二。反對。獨民四二二、二。）。

(ハ) 更改　更改（民五一三）モ亦債務消滅ノ原因ヲナシ舊債務ニ代ル新債務ヲ發生セシムルモノニシテ連帶債務ハ一箇ノ債務ナルカ故ニ理論上絕對的效力ヲ生スルヲ當然トス（民四三五。佛民一一八一、一。）。然レトモ若シ連帶債務カ數箇ノ債務也トセハ連帶債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ爲サレタル更改ニ因リ他ノ債務者ノ債務モ亦消滅スト云フハ不合理也。

(ニ) 混同　混同（民五二〇）ハ債權ノ滿足ヲ來スモノニ非ス。故ニ絕對的效力ヲ生セシムヘキカ將タ相對的效力ヲ生セシムヘキカ（獨民四二五）ハ連帶債務ヲ以テ數箇ノ債務也トスル見解ニ從ヘハ便宜上ノ問題ナルモ余輩ノ如ク一箇ノ債務也トスル見解ニ從ヘハ理論上絕對的效力ヲ生スヘキモノニシテ第四三八條カ辨濟ヲ爲シタルモノト看做シ絕對的ノ效力ヲ生スルモノト爲シタルハ理論上且實際上相當也（佛民一三〇一、三ハ他ノ債務者ハ混同ヲ生シタル債務者ノ負擔部分ニ付テノミ債務ヲ免ルトナス）。

(ホ) 一人ノ免除　連帶債務者ノ一人ニ對スル債務ノ免除（民五一九）ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テノミ絕對的效力ヲ生ス（民四三七）。此免除ハ普通ノ免除ノ如ク必スシモ債務ヲ消滅セシムル爲メニ爲スモノニ非スシテ唯連帶債務ナル一箇ノ債務ヨリ一債務者ノ負擔ヲ免レシムル爲メニ爲スモノナルモ是ニ因リ其債務者カ他ノ債務者トノ關係ニ於テモ自己ノ負擔部分ニ付キ全ク責任ヲ免ルルノ結果他ノ債務者ノ負擔部分ヲ增加セシムルハ不可ナルカ故ニ民法ハ免除ヲ受ケタル債務者ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者モ亦其義務ヲ免ルトナシタルモノニシテ理論上實際上正當也。然レトモ債權者カ連帶債務其モノヲ消滅セシムルノ意思ヲ以テ一人ノ債務者ニ對シ免除ノ意思表示ヲ爲ストキハ其連帶債務ハ總債務者ノ爲メニ消滅ス（同旨鳩山氏二六五頁。石坂氏八四一頁。但獨民四二三。佛民一二八五比較參照）。蓋其債務ハ一箇ニシテ各債務者ハ全部ヲ辨濟スヘキ義務ヲ有スルカ故ニ債權者カ債務者ノ一人ニ對シ右ノ意思表示ヲ爲ストキハ第五一九條ニ依リ其連帶債務ハ消滅スルモノト解スルヲ相當トスレハ也。

(ヘ) 履行ノ請求　連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生

ス（民四三四）。蓋連帶債務ハ一箇ノ債務ニシテ一人ノ債務者ニ對シテ履行ヲ請求スルモ是レ其一箇ノ債務ニ付キ權利ヲ行使スルモノナルカ故ニ其請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ效力ヲ生ストナスヲ理論上正當トスレハ也。履行ノ請求カ絕對的效力ヲ生ス結果是ニ因ル履行遲滯（民四一二、三。但履行遲滯ニ債務者ノ過失ヲ要スル場合ヲ除ク。(3)、(イ)參照）及ヒ時效中斷モ亦絕對的效力ヲ生ス（佛民一二〇五。一二〇六。獨民四二五、二比較參照）。

（ト）時效ノ完成　連帶債務者ノ一人ニ付キ時效完成シタルトキハ其債務者ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者モ亦其義務ヲ免ル（民四三九）。若シ一人ニ付キ時效完成スルモ斯ル結果ヲ生セサルモノトセハ他ノ債務者ハ是レカ爲メ其負擔部分ヲ加重セラルルノ不都合ヲ生スヘク、又此加重ヲ避クル爲メ其一人ニ對シテ求償シ得ルモノトセハ其一人ハ時效完成ノ利益ヲ受ケ得サルノ不都合ヲ生スヘキカ故ニ民法カ右ノ如ク規定セルハ便宜上ノ理由ニ出テタルニ非スシテ寧ロ理論ノ要求ニ從ヘルモノト云フヘク、結局連帶債務カ一箇ノ債務タルコトヨリ生スル結果也ト云フヘシ。

（チ）債權者敗訴ノ判決　第四四〇條ニ依レハ絕對的效力ヲ生スル事項ハ（イ）乃至（ト）ニ盡クルモノノ如シ。而シテ學者亦多ク之ヲ認ム（例、石坂氏八二七頁以下。嘉山氏二。五八頁以下。磯谷氏下卷五五頁等）。然レトモ條理ト他ノ規定ヨリ推論シテ然ク解シ得サル事項アリ。債權者カ不當ニ敗訴シタル本案ノ判決及ヒ辨濟ノ延期ノ如キ是也。先ツ其判決ノ效果ニ付テ說明スヘシ。例ヘハ負擔部分平等ナル甲乙兩名ノ連帶債務者アリテ債權者カ甲ニ對シテ給付ノ訴ヲ提起シ又ハ甲カ債權者ヲ相手取リ債務不存在確認ノ訴ヲ提起シ債權存在スルニ拘ラス存在セストノ理由ニテ債權者敗訴ノ判決ヲ受ケ其判決確定スルトキハ縱令其判決ハ誤判ナルモ再審（民訴四二〇以下）ニ依ル取消ナキ限リ甲ハ爾後債務者ニ非ス、隨テ負擔部分ヲ有セサルコトトナルカ故ニ其後乙カ辨濟スルモ是ニ因リ甲乙共同ノ免責ヲ得タルモノト云フヲ得ス。隨テ第四四二條ニ依リ乙ハ甲ニ對シテ求償スルヲ得ス。而シテ凡ソ連帶債務者ハ夫々他ノ債務者カ債權者ノ權利ヲ侵害シ債務ヲ履行セサル場合ト雖モ各自カ單獨ニテモ全部ノ履行ヲ爲ス爲メ其連帶債務ヲ負擔シタルモノナルカラ、隨テ本來甲ニ屬シタル負擔部分モ亦乙一人ニ歸屬スルニ至ルト云ハサルヘカラサルコトナク、隨テ本來甲ニ屬シタル負擔部分モ亦乙一人ニ歸屬スルニ至ルト云ハサルヘカラス。故ニ右ノ如キ債權者敗訴ノ確定判決ハ其勝訴者タラサル他ノ連帶債務者ノ負擔部分ヲ加重スト云フ意味ニ於テ絕對的效力ヲ生ス（獨普通法ノ通說カ絕對的效力ヲ認ムルコトニ付テハ石坂氏八六六頁參照。反對同氏同頁。鳩山氏二六九頁）。然レトモ斯ル判決ニ因リテ甲カ債務ヲ免レ乙カ辨濟シタルトキハ乙ニ對スル甲ノ不當利得成立シ、乙ハ甲ニ對シ右ノ判決ナカリセハ第四四二條ニ依リテ求償シ得ヘカリシ額ト同額ノ不當利得返還ヲ請求シ得ヘク、若シ其ノ判決カ甲ノ不法行爲ニ因ルモノナルトキハ乙ノ負擔部分ノ加重ハ結局甲ノ不法行爲ニ因ルモノナルカ故ニ乙ハ甲ニ對シ其不法行爲ニ因ル損害ノ賠償トシテモ亦同額ノ請求ヲ爲シ得

ヘキ也。但不當利得ノ返還ト二重ニ請求シ得サルヤ論ヲ竢タス。

（リ）辨濟ノ猶豫　債權者カ一債務者甲ニ對シテ辨濟ノ猶豫ヲ與ヘタルトキハ甲ノ負擔部分ニ付キ絕對的效力ヲ生ス。蓋若シ然ラストセハ他ノ債務者乙カ辨濟シタルトキハ直ニ甲ニ對シテ求償シ得サルヘカラサルモ甲ハ右ノ猶豫ヲ以テ自己ノ負擔部分ニ付キ乙ニ對抗シ得ヘキコト第四四三條ニ依リ明瞭ナルカ故ニ乙ハ債權者ノ行爲ニ因リ其權利ヲ害セラレタルコトトナルヘキヲ以テ也。乃チ民法ハ第四四〇條ノ規定ヲ設ケタリト雖モ債權者ニ債務者ノ權利ヲ害スルコトヲ許シタルモノト解スヘカラサルヲ以テ右ノ結論ヲ生スル也。

（ヌ）連帶ノ免除　一債務者甲ニ對シ連帶ヲ免除スルトキハ他ノ債務者モ爾後甲トハ連帶セス、隨テ甲ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者モ亦其義務ヲ免ルト云フ點ニ於テ絕對的ノ效力ヲ生ス（同旨橫田氏五三二頁。佛民一二一〇。反對石坂氏八六一頁以下、嘉山氏二六九頁。鳩山氏二六九頁二八三頁等）。故ニ甲ノ無資力負擔部分（六五(6)參照）ハ債權者ニ歸屬スヘキモノニシテ、第四四五條ハ之ヲ認ム。卽チ同條ニ依レハ自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タル債務者ハ無資力ナル他ノ債務者ノ償還不能ノ部分ニ付キ連帶ノ免除ヲ得タル甲ノ負擔スヘキ部分ヲ債權者ニ求償シ得ルコト明白ナルカ故ニ甲ニ對スル連帶ノ免除カ此點ニ於テ他ノ債務者ニ效力ヲ及ホスコト疑ナク、又右求償權者カ甲ニ對シテ第四四二條ニ依ル求償ハ之ヲ爲シ得ルモ

第四四四條ニ依ル求償ハ爲スヲ得スト云フノ不合理ナルコトハ言ヲ俟タサル所ニシテ而モ第四四五條ニ依レハ第四四四條ニ依ル求償ハ債權者ニ對シテ爲スヘキモノニ非サルコト明白ナルカ故ニ甲ニ對シテハ第四四二條ニ依ル求償モ爲スヲ得ス。隨テ甲ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者モ其義務ヲ免レ甲ニ對スル連帶ノ免除カ先ツ此點ニ於テ絕對的效力ヲ生スル法意ナルコトハ第四四五條ニ依リテ推論スルヲ得（尙連帶ノ免除ニ付テハ六六參照）。

（ル）債權者ノ遲滯　一債務者ニ對スル債權者ノ遲滯ハ他ノ債務者ニ對シテモ效力ヲ生ス（同旨獨民四二四。鳩山氏二六六頁。反對川名氏三二二頁。石坂氏八五八頁。嘉山氏二六七頁）。蓋此場合ニ於テ債權ノ滿足ヲ得サル理由ハ債權者側ニ存シ其遲滯ナクハ滿足ヲ得タルヘキモノナルカ故ニ其遲滯ノ繼續中履行ナキニ因リ生シタル損害ノ賠償ハ他ノ債務者ニ對シテモ之ヲ請求シ得サルモノニシテ乃チ一債務者ニ對スル債權者ノ遲滯ハ絕對的效力ヲ生スルモノト云ハサルヘカラス。假ニ他ノ債務者カ其損害ニ付キ責任アリトスルモ猶債權者側ニモ過失アルカ故ニ（四一以下參照）裁判所ハ第四一八條ニ依リ損害賠償ノ責任又ハ金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルヲ要シ、隨テ其遲滯ハ他ノ債務者ニ對シテモ效力ヲ生スルモノト云ハサルヘカラス。

以上說明ノ如クナルヲ以テ縱令第四四〇條ハ絕對的效力ヲ生スヘキ場合ヲ限定シタルモ其他ニ

相對的效力

モ尚(a)理論上當然ノ結果トシテ又ハ(b)他ノ規定トノ關係上絶對的效力ヲ生スル事項アルモノト云フヘク、第四三四條乃至第四三九條若ハ右(a)(b)ノ場合ニ該當セサル事項ハ卽チ相對的效力ヲ生スルニ過キサルモノト云フヘシ。

(3)次ニ我民法上相對的效力ヲ生スヘキ場合ヲ例示セハ左ノ如シ。

(イ)一債務者ノ過失　一債務者ノ過失ハ當然他ノ債務者ノ過失トハナラサルカ故ニ其效力ハ當然他ノ債務者ニ及ハス。隨テ債務者ノ遲滯ニ故意過失ヲ必要トスル場合ニハ一債務者ニ對スル履行ノ請求ハ附遲滯ノ關係ニ於テハ他ノ債務者ニ效力ヲ及ホサス(民四一九、)。

(ロ)一債務者ノ遲滯(民四一二、二參照。同旨獨民四二五。反對佛民一二〇五)　一債務者ノ履行不能トナルモノニ非サルカ故ニ其不能ハ相對的效力ヲ生スルニ止マル。但其不能ニ因リ他ノ債務者ノ負擔部分ヲ加重スルニ至ルトキハ此點ニ於テ絶對的效力ヲ生スルモノト云フヘシ(ヘ、(チ)參照)。

(ハ)一債務者ノ履行不能　一債務者ノ履行不能ハ(ニ)時效ノ中斷及ヒ停止　一債務者ニ對スル時效ノ中斷及ヒ停止ハ他ノ債務者ニ對シテ效力ヲ生セス。而シテ一債務者ニ對スル履行請求ニ因ル時效中斷ハ其效果カ他ノ債務者ニ及フニ非スシテ其請求カ他ノ債務者ニ對シテモ效力ヲ生シ其結果各債務者ニ對シテ時效ノ中斷ヲ來ス也。

以上說明ノ如クナルヲ以テ一債務者ニ付テ生シタル事項カ絶對的效力ヲ生スルヲ例外トシテ寧ロ相對的效力ヲ生スルヲ例外トス。通說ハ之ニ反シ絶對的效力ヲ生スルハ例外ニシテ原則トシテハ相對的效力ヲ生ストナスモ是レ全ク連帶債務ヲ以テ數箇ノ債務也トシ且第四四〇條ノ字句ニ囚ハレ他ノ規定トノ關係ヲ顧ミサルニ因ル。

六五　連帶債務者間ノ求償權

(1)連帶債務者ノ一人カ債務ヲ辨濟シ其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルトキハ他ノ債務者ニ對シ其各自ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ有ス(民四四、一)。此規定ヨリシテ觀ルモ連帶債務ハ一箇ノ債務ニシテ其全部又ハ一部ヲ消滅セシムル爲メニ爲シタル支出金其他ノ必要ナル出捐ハ各自ノ負擔部分ニ從ヒ分擔セラルルモノナルコトヲ知ルヘシ。然レトモ內部關係ニ於テモ其債務ハ數箇ニ非スシテ一箇也。蓋或債務ヲ外部關係ヨリ觀レハ一箇ナルモ內部關係ヨリ觀レハ數箇也ト云フハ事物ノ性質ニ反スルノミナラス、通說ノ如ク連帶債務ハ數箇ノ債務也トシ而シテ其各債務カ又內部關係ニ於テ各自ノ負擔部分ニ分レタル數箇ノ債務也トセハ例ヘハ連帶債務者三人ニテ皆負擔部分アルトキハ債務者ハ各自三箇ノ債務ヲ有シ總計九箇ノ債務存在スト云フカ如キ奇怪ナル結果ヲ生スレハ也。

負擔部分

(2)　負擔部分ノ意義ニ付テハ民法ニ何等直接ノ規定ナキモ語ノ普通ノ用例、各關係法條及ヒ條理ニ依リ推理綜合シテ負擔部分トハ一定ノ不利益ニ付キ二人以上ノ利害關係人アル場合ニ於テ其利害關係人カ相互ノ關係ニ於テ自己ニ引受クヘキ不利益ノ範圍ヲ謂フトナスヲ正當トス。而シテ其負擔部分カ如何ニシテ定マルカニ付テモ（獨民四二六、二。瑞債一四八等ト異ナリ）何等ノ規定ナキカ故ニ利害關係人ノ合意アルトキハ其合意ニ因リ、合意ナキトキハ條理ト公平ノ觀念ニ依リテ定マルモノト云ハサルヘカラス。例ヘハ甲乙丙連帶ニテ三百圓ヲ借入レ百圓宛分配シタル場合ニハ負擔部分平等タルコトノ明示又ハ默示ノ合意アルヲ普通トスヘク、其合意ナキ場合ニ於テモ其借入ニ因リ甲乙丙ノ受ケタル利益ハ平等ナルカ故ニ條理ト公平ノ觀念ニ依リ負擔部分平等也ト云ハサルヘカラス（通說也。同旨正五、六、三大判民錄一一三二頁）。

(3)　求償權成立ノ要件トシテハ一債務者（總債務者中ノ數人ニテモ可ナリ）カ自己ノ出捐ニ因リテ共同ノ免責ヲ得タルコト及ヒ他ノ債務者カ負擔部分ヲ有スルコトヲ要ス。而シテ共同ノ免責トハ總債務者共同ノ債務ヲ全部又ハ一部消滅セシムルコトヲ謂フ。免責以前ニハ求償スルヲ得ス（民四六〇比較參照）。又其免責ハ自己ノ出捐ニ因ルヲ要スルカ故ニ無償（例、免除、時效）ニテ免責ヲ得ルモ求償權ハ成立セス。出捐トハ廣ク財產的犧牲ヲ供スルコトヲ謂ヒ現實ノ出費タルト義務ノ負擔タルトヲ問ハス（同旨正七、三、二五大判民錄五三一頁）。

負擔部分ヲ超エサル出捐ト求償權

求償權ノ範圍

求償權ノ成立ニハ共同ノ免責ヲ得タル額カ自己ノ負擔部分ヲ超ユルコトヲ要スルヤ否ヤニ付テハ議論岐レ、消極說ヲ多數トス（消極說川名氏三三二頁。石坂氏八七六頁。磯谷氏下卷六一頁以下。乾氏志林一七卷二號。正六、五、三大判民錄八六三頁等。積極說瑞債一四八、二。鳩山氏二七三頁。嘉山氏二七〇頁等）。惟フニ解釋論トシテハ消極說ヲ正當トシ立法論トシテモ便宜ヲ主トセハ積極說可ナルモ重キヲ條理ト公平ニ措ケハ消極說可也。積極論者或ハ連帶債務カ對內關係ニ於テハ各自ノ負擔部分ニ分レ從テ負擔部分ヲ超ユル辨濟カ卽チ他人ノ債務ノ辨濟トナルコト及ヒ第四六五條ノ規定ヲ根據トスレトモ（鳩山氏前揭）、其不當ナルコトハ(1)及ヒ後(6)及ヒ七三、B、(1)(ロ)第二項）ノ說明ニ依リテ明ナルノミナラス、積極說ハ明ニ第四四二條ノ明文ニ反ス。

(4)　第四四二條ニ依リテ求償シ得ヘキ範圍ハ左ニ列擧スル額ノ內夫々他ノ債務者ノ負擔部分ニ應シタル額ナリトス。

（イ）　辨濟其他ノ出捐ニ因リテ債務ノ消滅シタル限度ニ於ケル其出捐ノ額　例ヘハ甲乙丙平等ノ負擔部分アル連帶債務金三百圓ヲ甲カ辨濟シタルトキハ其三百圓ノ內乙丙ノ負擔部分ニ應シタル額卽チ百圓宛ハ求償權ノ範圍ニ屬ス。而シテ甲カ價額五百圓ノ物ヲ以テ代物辨濟ヲ爲シタル場合ト雖モ是ニ因リテ債務ノ消滅シタル額ハ三百圓ナルカ故ニ求償權ノ範圍ニ屬スルハ矢張リ金百